

جواهر الكلام

في شرح شرائع الإسلام

تأليف

الشيخ محمد حسين الخليلي
الطبعة الثانية 1417 هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام

كاتب:

محمد حسن بن باقر نجفى (صاحب جواهر)

نشرت فى الطباعة:

دار احياء التراث العربى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٠	جواهر الكلام فى شرح شراىع الاسلام المجلد ٣٠
١٠	اشاره
١١	[اتمه القسم الثانى فى العقود]
١١	[اتمه كتاب النكاح]
١١	[اتمه القسم الأول فى النكاح الدائم]
١١	[اتمه الفصل الرابع فى أسباب التحريم]
١١	[السبب الرابع استيفاء العدد]
١١	[القسم الأول إذا استكمل الحر أربعة بالعقد الدائم حرم عليه ما زاد]
١١	اشاره
٢١	[مسألتان]
٢١	[المسأله الأولى إذا طلق واحده من الأربع حرم عليه العقد على غيرها حتى تنقضى عدتها]
٢٣	[المسأله الثانیه إذا طلق إحدى الأربع بائنا و تزوج اثنتين فان سبقت إحداهما كان العقد لها]
٢٦	[القسم الثانى إذا استكملت الحره ثلاث طلاقات حرمت على المطلق حتى تنكح]
٣٧	[السبب الخامس اللعان]
٤٠	[السبب السادس الكفر]
٤٠	[المقصد الأول لا يجوز للمسلم نكاح غير الكتابیه]
٧٦	[المقصد الثانى فى كیفیه الاختیار]
٨٤	[المقصد الثالث فى مسائل مرتبه على اختلاف الدين]
٨٤	[المسأله الأولى إذا تزوج الكافر امرأه و بنتها ثم أسلم بعد الدخول بهما حرمتا]
٨٨	[المسأله الثانیه إذا أسلم المشرك و عنده حره و ثلاث إماء وثنيات بالعقد فأسلمن معه تخير مع الحره اثنتين إذا رضیت الحره]
٨٩	[المسأله الثالثه لو أسلم العبد و عنده أربع حرائر وثنيات فأسلمن معه اثنتان ثم أعتق و لحق به من بقى لم يزد على اختيار اثنتين]
٩٢	[المسأله الرابعه اختلاف الدين فسخ قطعاً لا طلاق]
٩٦	[المسأله الخامسه إذا ارتد المسلم بعد الدخول حرم عليه وطء زوجته المسلمه قطعاً]

- ٩٧ [المسأله السادسة إذا أسلم و عنده أربع وثنيات مدخولا بهن لم يكن له العقد على أخرى]
- ٩٩ [المسأله السابعه إذا أسلم الوثني ثم ارتد و انتقضت عدتها على الكفر فقد بانت منه]
- ١٠٠ [المسأله الثامنه لو ماتت إحداهن مثلا بعد إسلامهن قبل الاختيار لم يبطل اختياره لها]
- ١٠٤ [المسأله التاسعه إذا أسلم و أسلمن لزمه نفقه الجميع حتى يختار أربعاً]
- ١٠٨ [المسأله العاشره إباق العبد طلاق امرأته]
- ١٠٩ [مسائل من لواحق العقد]
- ١٠٩ [المسأله الأولى الكفاهه شرط فى النكاح]
- ١٣٩ [المسأله الثانيه إذا تزوج بإمرأه ثم علم أنها كانت زنت لم يكن له فسخ العقد]
- ١٤١ [المسأله الثالثه لا يجوز التعريض بالخطبه لذات العده الرجعيه]
- ١٤٦ [المسأله الرابعه إذا خطب فأجابت قبل حرم على غيره خطبتها]
- ١٤٦ [المسأله الخامسه إذا تزوجت المطلقه ثلاثا فلو شرطت فى العقد أنه إذا حللها فلا نكاح بينهما بطل العقد]
- ١٥٠ [المسأله السادسه نكاح الشغار باطل]
- ١٥٠ اشاره
- ١٥٥ [تفريع لو قال زوجتك بنتى على أن تزوجنى بنتك على أن يكون نكاح بنتى مهرا لبنتك صح نكاح بنته و بطل نكاح بنت المخاطب]
- ١٥٨ [المسأله السابعه يكره العقد على القابله إذا ربه و بنتها]
- ١٦٤ [القسم الثاني فى النكاح المنقطع]
- ١٦٤ اشاره
- ١٨١ [أركانها أربعه]
- ١٨١ [أما الصيغه]
- ١٨٣ [أما المحل]
- ١٨٣ اشاره
- ١٩٤ [أفروع ثلاثه]
- ١٩٤ [الأول إذا أسلم المشرك و عنده كتابيه بالعقد المنقطع كان عقدها ثابتاً]
- ١٩٤ [الثانى لو كانت غير كتابيه فأسلم أحدهما بعد الدخول وقف الفسخ على انتضاء العده]
- ١٩٥ [الثالث لو أسلم و عنده حره و أمه ثبت عقد الحره و وقف عقد الأمه على رضاه الحره]
- ١٩٥ [أما المهر]

- ٢٠٧ [أما الأجل]
- ٢١٨ [أما أحكامه]
- ٢١٨ [الأول إذا ذكر المهر و الأجل صح العقد]
- ٢١٨ [الثاني كل شرط يشترط فيه فلا بد أن يقترن بالإيجاب و القبول]
- ٢٢٢ [الثالث للبالغة الرشيدة أن تمتع نفسها]
- ٢٢٢ [الرابع يجوز أن يشترط عليها الإتيان ليلا أو نهارا و أن يشترط المره و المرات فى الزمان المعين]
- ٢٢٣ [الخامس يجوز العزل للمتمتع]
- ٢٢٤ [السادس لا يقع بها طلاق و تبين بانقضاء المده]
- ٢٢٤ [السابع لا يثبت بهذا العقد ميراث بين الزوجين شرطا سقوطه أو أطلاقا]
- ٢٣٤ [الثامن إذا انقضى أجلها بعد الدخول فعدتها حيضتان]
- ٢٤٣ [التاسع لا يصح له تجديد العقد عليها دائما و منقطعاً قبل انقضاء الأجل]
- ٢٤٥ [القسم الثالث فى نكاح الإمام]
- ٢٤٥ [أما العقد]
- ٢٤٥ [يلحق هنا مسائل]
- ٢٤٥ [المسأله الأولى لا يجوز للعبد و لا للأمه أن يعقدا لأنفسهما نكاحا إلا بإذن المالك]
- ٢٥٣ [المسأله الثانيه إذا كان الأبوان رفا كان الولد كذلك]
- ٢٤١ [المسأله الثالثه إذا تزوج الحر أمه من غير إذن المالك ثم وطأها قبل الرضا عالما بالتحريم كان زانيا]
- ٢٧٣ [المسأله الرابعه إذا زوج عبده أمته هل يجب أن يعطيها المولى شيئا من ماله قيل نعم]
- ٢٧٦ [المسأله الخامسه إذا تزوج العبد بخره مع العلم بعدم الإذن لم يكن لها مهر و لا نفقه مع علمها بالتحريم]
- ٢٧٩ [المسأله السادسه إذا تزوج عبد بأمه لغير مولاه فان أذن المولى فالولد لهما]
- ٢٨٣ [المسأله السابعه لو تزوج أمه بين شريكين ثم اشترى الزوج حصه أحدهما بطل العقد و حرم عليه وطؤها]
- ٢٨٤ [و من اللواحق فى نكاح الإمام الكلام فى الطوارى]
- ٢٨٤ [أما العتق]
- ٣١١ [أما البيع]
- ٣١١ [اشاره]
- ٣١٩ [مسائل ثلاث]

- المسأله الأولى إذا زوج أمته ملك المهر لثبوته فى ملكه] ٣١٩
- المسأله الثانيه لو زوج عبده بخره ثم باعه قبل الدخول قيل كان للمشترى الفسخ] ٣٢٣
- المسأله الثالثه لو باع أمته و ادعى بعد ذلك أن حملها منه و أنكر المشترى لم يقبل قوله فى إفساد البيع] ٣٢٤
- [أما الطلاق] ٣٢٥
- [أما الملك] ٣٣٤
- [النوع الأول ملك الرقبه] ٣٣٤
- اشاره ٣٣٤
- [تتمه تشتمل على مسألتين] ٣٤٠
- [المسأله الأولى كل من ملك أمه بوجه من وجوه التملك حرم عليه وطؤها حتى يستبرأها بحيضه] ٣٤٠
- [المسأله الثانيه إذا ملك أمه فأعتقها كان له العقد عليها و وطؤها من غير استبراء] ٣٤٤
- [النوع الثانى ملك المنفعه] ٣٥١
- اشاره ٣٥١
- [أما الصيغه] ٣٥٤
- [أما الحكم فففيه مسائل] ٣٤٤
- [المسأله الأولى يجب الاقتصار على ما تناوله اللفظ] ٣٤٤
- [المسأله الثانيه ولد المحلله حر] ٣٤٧
- [المسأله الثالثه لا بأس أن يطاء الأمه و فى البيت غيره] ٣٧١
- [المسأله الرابعه لا يشترط فى التحليل تعيين المده] ٣٧٤
- [لو يلحق بالنكاح النظر فى أمور خمسه] ٣٧٧
- [النظر الأول ما يردّ به النكاح] ٣٧٧
- [المقصد الأول فى العيوب] ٣٧٧
- [المقصد الثانى فى أحكام العيوب] ٤٠٨
- [المسأله الأولى العيوب الحادثه بالمرأه قبل العقد مبيحه للفسخ] ٤٠٨
- [المسأله الثانيه خيار الفسخ على الفور] ٤١١
- [المسأله الثالثه الفسخ بالعيوب ليس بطلاق] ٤١٢
- [المسأله الرابعه يجوز للرجل الفسخ من دون إذن الحاكم] ٤١٢

- ٤١٣ [المسأله الخامسه إذا اختلفا فى العيب فالقول قول منكره مع عدم البينه]
- ٤١٤ [المسأله السادسه إذا فسخ الزوج بأحد العيوب فإن كان قبل الدخول فلا مهر]
- ٤٢١ [المسأله السابعه العيب جلى أو خفى]
- ٤٢٧ [المسأله الثامنه إذا ثبت العنن فإن صبرت فلا كلام]
- ٤٢٧ اشاره
- ٤٣١ [اتتمه يثبت غير العنن من العيوب بإقرار صاحبه]
- ٤٣٢ [المقصد الثالث فى التدليس]
- ٤٣٢ اشاره
- ٤٣٧ [مسائل]
- ٤٣٧ [المسأله الأولى إذا تزوج امرأه على أنها حره فباننت أمه كان له الفسخ]
- ٤٤٣ [المسأله الثانيه إذا تزوجت المرأه برجل على أنه حر فبان مملوكا كان لها الفسخ قبل الدخول و بعده]
- ٤٤٤ [المسأله الثالثه إذا عقد على بنت رجل على أنها بنت مهيره فكانت بنت أمه كان له الفسخ]
- ٤٤٤ [المسأله الرابعه لو زوجه بنته من مهيره و أدخل عليه بنته من الأمه فعليه ردها و لها مهر المثل إن دخل بها]
- ٤٤٧ [المسأله الخامسه إذا تزوج امرأه و شرط كونها بكرًا فوجدها ثيبًا لم يكن له الفسخ لإمكان تجدهه بسبب خفى]
- ٤٥٠ [المسأله السادسه إذا استمتع المرأه فباننت كتابيه لم يكن له الفسخ من دون هبه المده و لا له إسقاط شىء من المهر]
- ٤٥١ [المسأله السابعه إذا تزوج رجلان بامرأتين فأدخلت امرأه كل واحد منهما على الآخر فوطأها فلكل واحد منهما على واطئها مهر المثل]
- ٤٥٤ [المسأله الثامنه كل موضع حكمنا فيه ببطلان العقد فللزوجه مع الوطاء مهر المثل]
- ٤٥٤ [المسأله التاسعه لو شرط الاستيلاء فخرجت عقيما ففى القواعد لا فسخ]
- ٤٥٥ [المسأله العاشره لو غرته المكاتبه بالحرية فإن اختار الإمساك فلها لا لسيدتها المهر]
- ٤٥٦ [المسأله الحاديه عشر لا يرجع المغرور بالغرامه على الغار إلا بعد أن يغرم]
- ٤٥٦ [المسأله الثانيه عشر لو انتسب إلى قبيله فبان من غيرها من غير شرط فالأقرب أنه لا فسخ]
- ٤٥٨ تعريف مركز

شماره بازیابی : ۶-۲۱۸۴۲

سرشناسه : صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر ۱۲۰۰؟ - ۱۲۶۶ق.

عنوان و نام پدیدآور : جواهرالكلام [چاپ سنگی] / محمدحسن نجفی [صاحب جواهر]؛ نویسنده متن: علامه حلی؛ کاتب: ابوالقاسم خوانساری؛ مصحح: موسی طهرانی

وضعیت نشر : [بی جا: بی نا]؛ ۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری : [۵۱۸ص.، ج ۱؛ قطع: ۲۳×۳۷س م

یادداشت : زبان:عربی

آغاز، انجام، انجامه : آغاز: بسمله... الحمدلله الذى ختم الشرايع باسمهما طريقه و اوضحها حقيقه و اظهرها برهانا ... و بعد فيقول العبد القاصر العاشر محمد حسن بن المرحوم باقر احسن الله اليهما ...

انجام:.... الاصحاب الثانى و الله اعلم الحمدلله اولاً و آخراً و ظاهراً و باطناً على ما انعم و وفق لاتمام مباحث الطهاره.

انجامه:المكرم من سنه ۱۲۷۴ق. و انا الفقير الى الله الغنى ابن اسدالله ابوالقاسم خوانسارى.

یادداشت استنساخ : تاریخ کتابت: ۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری اثر : نوع و درجه خط:نسخ

نوع و تزئینات جلد:جلد مقوایی، روکش تیماج قهوه ای، عطف و لچکی ها گالینگور مشکی الحاقی.

خصوصیات نسخه موجود : حواشی اوراق: تصحیحاتی اندک با نشان «صح» و توضیحاتی اندک با نشان «منه»

یادداشت تملک و سجع مهر : یادداشت های تملک: یادداشتی با خط تحریری و با مرکب مشکی " بسم الله الرحمن الرحيم و قد انتقل ذلك الكتاب مع مجلداته الاخر التي كانت عباره عن ست المجلدات مطبوعه بطبع حاجی موسی ره الى ملكی و هو مالک الملك و الرقاب من البایع المحترم الحاج شمس صاحب المكتبه فی شارع ناصر خسرو و قرینا من شمس العملاره من العاصمه تهران صانها ... من الحدثان على المبلغ الف و خمس مائه توماناً المقابل ۱۵۰۰ریالاً- و وقع هذا الانتقال فی يوم الخامس المطباق با يوم الثانى من شهر جماديا لاولى من سنه اربع مائه بعد الالف من الهجره النبويه المصادف ۲۹/۱۲/۱۳۵۸ و انا الاحقر حسين الصالحى ... النجفى و التهرانى المسكن " (ظهریه صفحه اول)

توضیحات نسخه : نسخه بررسی شد.

نمایه ها، چکیده ها و منابع اثر : منابع دیده شده: ریحانه الادب (۳: ۳۵۸) ، ملی (۲: ۲۷۷) ، ذریعه (۵۹: ۲۴)

معرفی چاپ سنگی : جواهر الکلام کتابی مشروح و استدلالی در فقه شیعه قرن سیزدهم هجری و به زبان عربی است این کتاب شرح مبسوط کتاب شرایع الاسلام (علامه حلی) است و جامعترین کتاب در موضوع فقه و استنباط و احکام است و همه ابواب فقه را در بر میگیرد. نسخه حاضر مشتمل بر کتاب الطهارة است، و عناوین مطالب در حاشیه آمده است.

عنوانهای گونه گون دیگر : جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام.

موضوع : محقق حلی، جعفر بن حسن ۶۰۲-۶۷۶ق. - شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام -- نقد و تفسیر

فقه جعفری -- قرن ۷ق.

شناسه افزوده : محقق حلی، جعفر بن حسن، ۶۰۲-۶۷۶ق. شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. شرح

خوانساری، ابوالقاسم، قرن ۱۳ق. کاتب

طهرانی، موسی، قرن ۱۳ق. مصحح

حسینی، فروشنده

ج ۳۰، ص: ۱

[تتمه القسم الثانی فی العقود]

[تتمه کتاب النکاح]

[تتمه القسم الأول فی النکاح الدائم]

[تتمه الفصل الرابع فی أسباب التحريم]

[السبب الرابع استيفاء العدد]

[القسم الأول إذا استكمل الحر أربعة بالعقد الدائم حرم عليه ما زاد]

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

السبب الرابع استيفاء العدد، و هو قسمان

[القسم الأول إذا استكمل الحر أربعا بالعقد الدائم حرم عليه ما زاد]

الأول إذا استكمل الحر أربعا بالعقد الدائم حرم عليه مع وجود الأربع عنده نكاح ما زاد غبطه أى دواما إجماعا من المسلمين بل ضروره من الدين، و ما عن طائفه من الزيديه من جواز نكاح تسع لم يثبت، بل المحكى عن مشايخهم البراءه من ذلك، نعم قد اختص النبى (صلى الله عليه و آله) بنكاح الأزيد من ذلك، و هل كان يجوز له أزيد من التسع الذى مات عنهن أو لا يجوز؟ فيه بحث، لكنه قليل الجدوى، و على كل حال فالأصل فيه قوله تعالى (١):

«وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ» بناء على ما عرفته سابقا من أن الأمر فيها للإباحة، و مقتضى إباحة الأعداد المخصوصه تحريم ما زاد عليها، إذ لو كان مباحا لما خص الجواز بها، لمنافاته الامتنان و قصد التوسيع على العباد، ولأن مفهوم إباحة الأربع حصر ما دون الأربع أو ما زاد عليها، و الأول باطل بتجويز الثلاث فيها صريحا، فتعين الثاني.

بل يمكن أن يكون المراد منها إن خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى بالإنفاق من أموالهم التي في أيديكم التي جوز الله لوليهم الإنفاق منها بالمعروف فاقصروا على نكاح ما طاب لكم، و حل و ساغ من العدد أعنى مثنى و ثلاث و رباع إلى أن قال:

«ذَلِكَ أَذْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا» فيستفاد منها حينئذ انحصار الحل في العدد المزبور، و لذا

أمر رسول الله (صلى الله عليه و آله) قيس بن الحرث عند نزول الآية و كان تحته ثمانيه أن يطلق أربعا و يمسك أربعا قال: «فجعلت أقول للمرءة التي لم تلد: يا فلانة أدبرى، و التي قد ولدت: يا فلانة أقبلي» (١)

فمن الغريب دعوى بعض الناس عدم دلالة الآية على تحريم ما زاد، و إنما استفيد من دليل آخر.

ثم إن هذه الألفاظ ألفاظ معدولة عن أعداد مكرره هي ثنتين ثنتين، و ثلاث ثلاث، و أربع أربع، و هي غير منصرفه للعدل و الصفه، فإنها بينت صفات و إن كانت أصولها لم تبين لها، و قيل عدم انصرافها لتكرير العدل عدلها عن صيغها و عدلها عن تكررها، أى أن الأصل كان اثنين اثنين مثلا فغير اللفظ إلى مثنى، و عدل بها عن التكرير، فصار بها عدلان لفظى و معنوى، و نصبها على البدليه من المفعول، أو على الحال من فاعل طاب، و معنى الحالیه فيها مثلها في قولك:

«جئت فارسا و راجلا و حافيا و ناعلا» تريد أنك جئت في كل حال من هذه الأحوال لا أنك جئت في حال ثبوت جميعها، و كذا الحال في الآية، فان المراد جواز النكاح في كل حال من الأحوال الثلاثه دون مجموعها، و إلا لزم نكاح التسع.

و اليه يرجع ما عن الكشاف من تقدير الحال المذكوره، فانكحوا الفتيات معدودات، هذا العدد ثنتين ثنتين، و ثلاثا ثلاثا و أربعا أربعا، و على كل حال فمقتضى العطف بالواو جمع المتعاطفه فى الجواز، لا جواز الجمع بينها فلا يلزم نكاح التسع، بل قيل معنى الآيه الاذن لكل ناكح يريد الجمع أن ينكح ما شاء من العدد المذكور متفقين فيه و مختلفين، كقولك: «اقتسموا هذه البدره درهمين درهمين و ثلاثه ثلاثه» و لو أفردت كان المعنى تجويز الجمع بين هذه الأعداد دون التوزيع، و لو ذكرت بأو لذهب تجويز الاختلاف فى العدد و إن كان لا يخلو من نظر، لما عرفت من أن الجمع بالحكم لا يقتضى الحكم بالجمع، فلا يلزم من الأفراد تجويز الجمع بين الأعداد، و لأن تجويز الأعداد لجماعه المخاطبين بمعنى تجويزه، لكل واحد منهم لا للمجموع من حيث الإجماع، فالتخيير الذى يقتضيه العطف بأو لو كان يكون لكل ناكح يريد الجمع، فلو اختلفوا لم يفعلوا إلا ما هو الجائز كما لو اتفقوا، فلا يلزم أن يذهب تجويز الاختلاف على تقديره.

نعم يمكن أن يقال: إن العطف بالواو للدلاله على جواز كل من الأعداد لكل جامع أو مرید للجمع، فيجوز الأربع لواحد الثلاث بالتكميل، و كذا الثنتان بالنقص، و لو عطف بأو لذهب التجويز فى حق الجامع، لأنه قد استوفى العدد المباح له، فلا يجوز له غيره على ما يقتضيه التخيير.

و كيف كان فالغرض دلالة الآيه على المطلوب من دون حاجه الى جعل الواو فيها بمعنى أو كما فى جامع المقاصد و المسالك، معللين ذلك بأنها لو بقيت على معناها اقتضت الآيه جواز نكاح الثمانيه عشر.

و فيه أو لا- أن مثنى مثلا- بمنزله اثنين اثنين ذكرا، و هو أعم من كونه اثنين و اثنين على جهه التغاير، و لذا قال بعضهم إنه يلزم نكاح التسع لا الثمانيه عشر، و ثانيا أن إباحه هذه المراتب من الأعداد من حيث كونها أعدادا لا يقتضى جواز الجمع على الوجه المزبور، ضروره عدم كون المراد من إباحه الثلاثه مثلا أنها أفراد غير الاثنين و الأربعة غير الثلاثه، بل قد عرفت أن الواو تقتضى الجمع

فى الحكم الذى هو الإباحه لا-الحكم بالجمع كما هو واضح، و الأمر سهل بعد ضروريه أصل الحكم الذى لا فرق فيه بين الابتداء و الاستداه، و لذا

قال رسول الله صلى الله عليه و آله لغيلان بن سلمه لما أسلم و تحته عشر نسوه: «أمسك أربعا و فارق سائرهن» (١)

بل هو مقتضى

قول الصادق عليه السلام فى صحيح زراره (٢): «لا يجمع ماء فى خمس».

و كذا لا يحل له أى الحر من الإمام بالعقد الدائم أكثر من اثنتين بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، و قد يستفاد ذلك من

خبر أبى بصير (٣) عن أبى جعفر عليه السلام «سألته عن رجل له امرأه نصرانيه له أن يتزوج عليها يهوديه، فقال: إن أهل الكتاب مماليك الامام، و ذلك موسع منا عليكم خاصه، فلا بأس أن يتزوج. قلت: فإنه يتزوج عليها أمه، قال: لا يصلح أن يتزوج ثلاث إماء»

الحديث بل

فى خبر عباد بن صهيب (٤) عن الصادق عليه السلام «و لا يحل له من الإمام إلا واحده»

بل قد عرفت فيما مضى أن المختار عدم جواز نكاح الأمه إلا بالشرطين، و من هنا قال فى المسالك: «هذا كله على القول بجواز نكاح الأمه اختيارا، أما عند من يعتبر الشرطين فلا يجوز نكاح الثانيه» و إن كان قد عرفت ما فيه سابقا من إمكان فرض تحقق الشرطين مع نكاح الأمه لعدم رفع العنت بها و غيره، بل لو لا الإجماع لأمكن فرضهما مع الاثنتين أيضا.

و على كل حال فحيث ينكح الاثنتين فهما محسوبان عليه من جملة الأربع لا أنهما معا بمنزله حره، لإطلاق الأدله، فلا يجوز له حينئذ الجمع بين ثلاث حرائر و أمتين فضلا عن حرتين و ثلاث إماء أو أربع كما هو واضح.

و إذا استكمل العبد أربعا من الإمام أو حرتين أو حره و أمتين حرم عليه

١-١ سنن البيهقى ج ٧ ص ١٨١.

٢-٢ الوسائل الباب-٢- من أبواب استيفاء العدد الحديث ١.

٣-٣ الوسائل الباب-٢- من أبواب استيفاء العدد الحديث ٢.

٤-٤ المستدرک الباب-٤١- من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ١.

ما زاد إجماعا منا بقسميه، و خصوصا كادت تكون متواتره، ف

فى صحيح ابن مسلم (١) عن أحدهما عليهما السلام «سألته عن العبد يتزوج أربع حرائر، قال: لا، و لكن يتزوج حرتين، و إن شاء تزوج أربع إماء»

و فى خبر الصيقل (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام «سألته عن المملوك ما يحل له من النساء، فقال: حرتان أو أربع إماء»

و فى خبر زراره (٣) عن أحدهما عليهما السلام «سألته عن المملوك كم يحل له أن يتزوج؟ قال: حرتان أو أربع إماء»

و فى خبره الآخر (٤) عن أبى جعفر عليه السلام «لا يجمع من النساء أكثر من الحرتين»

و لا ينافى ذلك ما

فى خبر الكنانى (٥)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المملوك كم يحل له من النساء؟ قال: امرأتان»

و كذا خبر سماعه (٦)

بل

فى خبر زراره (٧) عن أبى جعفر عليه السلام «لا يجمع المملوك من النساء أكثر من امرأتين»

و خبر الفضيل (٨)

«سألت أبا الحسن عليه السلام عن المملوك كم تحل له من النساء، فقال: لا يحل إلا ثنتين»

بعد موافقتها لما تسمعه من العامه، و إمكان إرادته الحرائر من ذلك.

نعم قد يقال: إنه لا- دلالة فى شىء منها على جواز حره و أمتين الذى ذكره المصنف و غيره، و دعوى إمكان استفاده تنزِيل الحره بالنسبه إلى العبد منزله الأمتين و تنزِيل الأمتين للحر منزله الحره يدفعها منع دلالة النصوص على ذلك، و إن اشتملت على بعض ما ينطبق على ذلك لكنه لا يستفاد منها على وجه التعميم بعد حرمة القياس و استنباط العله و السير و نحو ذلك عندنا، على أنه إن تم فى العبد فلا- يتم فى الحر لما عرفته من عدم جواز ثلاث حرائر و أمتين للحر و حرتين و ثلاث إماء و نحو ذلك مما لا يطابق ما عرفت.

- ٢-٢ الوسائل الباب -٨- من أبواب استيفاء العدد الحديث ٢.
- ٣-٣ الوسائل الباب -٢٢- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث ٢.
- ٤-٤ الوسائل الباب -٨- من أبواب استيفاء العدد الحديث ٤.
- ٥-٥ الوسائل الباب -٢٢- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث ٤.
- ٦-٦ الوسائل الباب -٢٢- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث ٦.
- ٧-٧ الوسائل الباب -٢٢- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث ٥.
- ٨-٨ الوسائل الباب -٢٢- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث ٣ عن محمد بن الفضيل.

نعم قد يقال بإمكان الاستدلال على جوازه بما دل على جواز الحرّتين للعبد (١)

القاضي بجواز الحره له قطعاً و جواز الأربع (٢)

القاضي بجواز ما دون ذلك له، و أن الأدله أقصى ما دلت عليه المنع من الزيادة على الحرّتين و الزيادة على الأربع إمام بمعنى إن تزوج حرائر فلا يزيد على حرّتين، و إن تزوج إماء فلا يزيد على أربع، و أما صور الخلط فليس فى شىء من الأدله التعرض الى منعه، فيبقى على أصل الجواز و على فحوى دليل كل من الصنفين، و فيه أن مقتضى ذلك جواز الحره و ثلاث إماء، بل جواز الحرّتين و أربع إماء، و دعوى استفادته المنع فيه من دليل آخر كما ترى، فالأوجه أن يقال: إن دليله بعد الإجماع بقسميه عليه و عدم صدق الزيادة على أربع منه ما فى الفقيه، فإنه بعد أن

روى عن حماد بن عيسى (٣)

«أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام كم يتزوج العبد؟ قال: قال أبى عليه السلام: قال على عليه السلام: لا يزيد على امرأتين»

قال: و

فى حديث آخر (٤)

«يتزوج العبد حرّتين، أو أربع إماء، أو أمتين و حره»

مؤيداً بإمكان دعوى ظهور نصوص العبد خاصه فى تنزيل الحره بالنسبه إليه منزله الأمتين، فالعدد الممتنع منه الزيادة على أربع إماء حقيقه أو حكماً، و الأمتان و الحره بمنزله الأربع حكماً، فلا-زياده فيه، فلا منع، و الأمر سهل بعد وضوح الحكم عندنا بخلاف غيرنا، فعن الأكثر أنه لا يتجاوز اثنتين مطلقاً على النصف من الحر و عن بعض أن له أربعاً مطلقاً كالحر، و إجماع الفرقه المحقه و نصوصها على خلافهم.

و على كل حال فقد ذكر غير واحد من الأصحاب إن الأمه المبعوضه كالأمه فى حق الحر، و كالحره فى حق العبد، و المبعوض كالحر فى حق الإماء، فلا يتجاوز أمتين، و كالعبد فى حق الحرائر، فلا يتجاوز حرّتين تغليباً لجانب الحره فى الجامع للوصفين، و لا ريب فى أنه أحوط و إن كان لا يخلو من بحث إن لم يكن إجماعاً،

١-١ الوسائل الباب-٢٢- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب-٢٢- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ٢.

٣-٣ الوسائل الباب-٨- من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد الحديث ٣.

٤-٤ الوسائل الباب-٢٢- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ١٠.

خصوصا فى التبعض اللاحق فى التزويج الذى قد يتعارض فيه الاحتياط، فتأمل جيدا و الله العالم.

و كيف كان ف لكل منهما أن ينكح بالعقد المنقطع ما شاء بلا خلاف معتد به فيه بيننا، لظهور الآيه (١) فى نكاح الدوام بقرائنه فيها، و استفاضه النصوص (٢)

و تواترها فى ذلك، نعم

فى خبر البنظى (٣) عن الرضا عليه السلام قال: «قال أبو جعفر عليه السلام: اجعلوهن من الأربع، فقال له صفوان بن يحيى: على الاحتياط، قال: نعم»

و فى خبره الآخر (٤) عن أبى الحسن عليه السلام أيضا «سألته عن الرجل يكون عنده الامراه أ يحل له أن يتزوج بأختها متعه؟ قال: لا، قلت:

حكى زواره عن أبى جعفر عليه السلام إنما هى مثل الإماء يتزوج ما شاء، قال: لا هى من الأربع»

وخبر الساباطى (٥) عن أبى عبد الله عليه السلام «عن المتعه، قال: هى أحد الأربعه»

و من المعلوم إرادته جعلها من الأربع حذرا من اطلاع المخالفين، كما أوما إليه الخبر الأول بذكر الاحتياط الذى لا يتصور من الامام عليه السلام الأمر به بالنسبه إلى الحكم، على أنها فى مقابله ما جاء فى الجواز كالعدم.

فمن الغريب ما عن ابن حمزه من أنها إحدى الأربع، و أغرب منه ميله فى المسالك إلى ذلك، مناقشا فى أسانيد بعض روايات الجواز، حاكيا عن المختلف أنه اقتصر فى الحكم على مجرد الشهره و لم يصرح بمختاره، قال: «و عذره واضح، و دعوى الإجماع فى ذلك غير سديد» قلت: لا بأس بدعوى ضروره المذهب على ذلك فضلا عن الإجماع، و النصوص - بعد استفاضتها و تعاضدها و اشتغالها على ضروب من الدلاله و التعليقات و اعتضادها بمثل هذا العمل - لا ينظر إلى أسنادها، كما لا يخفى على من له أدنى خبره بأصول المذهب و قواعده، و الله العالم.

و كذا لكل منهما أن ينكح بملك اليمين ما شاء بلا خلاف فيه بين المسلمين فضلا عن المؤمنين، بل لعله من ضروريات الدين، نعم قد تقدم

١-١ سورة النساء: ٤- الآيه ٣.

٢-٢ الوسائل الباب - ٤- من أبواب المتعه.

٣-٣ الوسائل الباب - ٤- من أبواب المتعه الحديث ٩.

٤-٤ الوسائل الباب - ٤- من أبواب المتعه الحديث ١١.

٥-٥ الوسائل الباب-٤- من أبواب المتعه الحديث ١٠.

سابقا البحث في ملك العبد و عدمه، لكن قد استفاضت النصوص (١)

هنا بأنه لا بأس في إذن المولى لعبده بأن يتسرى ما شاء و يشتري ما يشاء من الجوارى و يطأهن، و المراد منها التحليل له، و منه يعلم أنه لا بأس بالوطء بالتحليل لغيره ما شاء أيضا، مع أن الظاهر عدم الخلاف فيه، سواء قلنا إنه إباحه أو تمليك، ضروره عدم تناول ما دل على النهى عن الأربع له بعد ظهوره في نكاح الدوام كما هو واضح، و الله العالم.

[مسألان]

[المسألة الأولى إذا طلق واحده من الأربع حرم عليه العقد على غيرها حتى تنقضى عدتها]

مسألان:

[المسألة الأولى إذا طلق واحده من الأربع حرم عليه العقد على غيرها حتى تنقضى عدتها]

الأولى إذا طلق واحده من الأربع، حرم عليه العقد على غيرها حتى تنقضى عدتها إن كان الطلاق رجعيا بلا خلاف أجده فيه، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، لأنها بحكم الزوجه نسا (٢)

و فتوى الذى منه ذلك، بل ظاهرهما أنها كذلك و إن التزم بعدم الرجوع بملزم شرعى، فإنه لا يخرجها عن حكم المطلقه رجعيا التى هى بحكم الزوجه، نعم لو كان الطلاق بائنا جاز له العقد على الأخرى فى الحال لخروجها عن الزوجيه بالطلاق، و عدم ما يدل على أنها بحكمها فى العده، فلا جمع حينئذ بين خمس، فيشملة حينئذ دليل الإباحه و كذا القول فى نكاح أخت الزوجه مع البيئونه إلا أنه على كراهه مع البيئونه لبقاء عصمه النكاح فى الجمله، و

لصحيح زراره (٣) المحمول على ذلك عن الصادق عليه السلام «إذا جمع الرجل

١- ١ الوسائل الباب- ٢٢- من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١- من أبواب أقسام الطلاق و الباب- ١٣- منها الحديث ٦ و الباب- ٢٠- منها الحديث ١١ و الباب- ١٨ و ٢٠ و ٢١- من أبواب العدد من كتاب الطلاق.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢- من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد الحديث ١.

أربعا فطلق إحداهن فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضى عده المرأة التي طلقت»

أو على الرجعى، و بمعناه غيره من النصوص (١)

المستفيضة، لكن فى كشف اللثام عن ظاهر التهذيب الحرمة، قال: «و هو ظاهر الأخبار» و فى المسالك «فى الحمل نظر من حيث عدم المعارض، نعم ورد التفصيل فى الأخت فى روايات: منها

حسنه الحلبي (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام «فى الرجل طلق امرأته أو اختلعت منه أو بانت إله أن يتزوج أختها؟ فقال: إذا برأ عصمتها فلم يكن له عليها رجعه فله أن يخطب أختها»

قلت: قد يستفاد ذلك من هذه الرواية، ضروره ظهورها فى أن المدار على الإبراء من العصمة بعدم ملك الرجعه، فهو حينئذ كالتعليل الذى لا يخص الأخت و لو بقريته فتوى الأصحاب مع ذلك.

بل يمكن أن يكون فى النصوص إشارة إلى ذلك أيضا بجعل العده له، ف

فى الموثق (٣) أنه سئل أبو عبد الله عليه السلام «عن رجل جمع أربع نسوة فطلق واحده فهل يحل له أن يتزوج اخرى مكان التى طلق؟ قال: لا يحل له أن يتزوج اخرى حتى يعتد مثل عدتها»

بل

فى خبرهم الآخر (٤) أنه سئل أبو عبد الله عليه السلام «عن الرجل يكون له أربع نسوة فتموت إحداهن هل يحل له أن يتزوج اخرى مكانها؟ قال: لا حتى يأتى عليه أربعة أشهر و عشرا، سئل فإن طلق واحده هل يحل له أن يتزوج؟ قال: لا حتى يأتى عليها عده المطلقة»

و فى خبر أبى بصير (٥) عنه عليه السلام أيضا، قال: «سألته عن رجل له أربع نسوة فطلق واحده يضيف إليهن أخرى، قال: لا حتى تنقضى العده، فقلت: من يعتد؟ فقال: هو، قلت: و إن كان متعه، قال: و إن كان متعه»

إلى غير ذلك من النصوص المشعره بكون الحكم على

١- ١ الوسائل الباب- ٣- من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد و الباب- ٤٧- من أبواب العدد من كتاب الطلاق.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٤٨- من أبواب العدد الحديث ٢ من كتاب الطلاق.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٤٧- من أبواب العدد الحديث ٢ من كتاب الطلاق.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٣- من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد الحديث ٥.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٣- من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد الحديث ٤.

ضرب من الكراهه و النذب، نعم لو لم يكن للمرأة عدده لعدم الدخول لم يكن بأس أصلاً، كما أوماً اليه

خبر ابن طريف (١) قال: «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل كن له ثلاث نسوه ثم تزوج امرأه أخرى فلم يدخل بها، ثم أراد أن يعتق أمه و يتزوجها، فقال: إن هو طلق التي لم يدخل بها فلا بأس أن يتزوج أخرى من يومه ذلك، و إن هو طلق من الثلاث النسوه اللاتي دخل بهن واحده لم يكن له أن يتزوج امرأه أخرى حتى تنقضى عدده التي طلقها»

و على كل حال فلا ريب في الحكم المزبور، و لا ينافيه إمكان رجوع البائنه رجعيًا في بعض الأحوال، ضروره عدم جريان هذا الحكم عليه مع فرض التزويج، و الله العالم.

[المسأله الثانيه إذا طلق إحدى الأربع بائنا و تزوج اثنتين فان سبقت إحداهما كان العقد لها]

المسأله الثانيه إذا طلق إحدى الأربع بائنا و تزوج اثنتين فان سبقت إحداهما كان العقد لها بلا خلاف و لا إشكال. و إن اتفقتا في حاله بطل العقدان وفاقا للمشهور، لاستلزام صحه كل منهما بطلان الآخر و لا ترجيح، و صحه أحدهما دون الآخر غير معقوله، و الصحه في إحدى الامرأتين على جهه الإطلاق الذي مرجعه الى تخيير الزوج في تعيينها غير مفادهما، و لو فرض قصد ذلك فهو غير صحيح، للإجماع على اعتبار تعيين الزوجه في عقد النكاح على وجه التشخيص. و لكن في المتن روى أنه يتخير ثم قال و في الروايه ضعف قلت: بل لم نعرث عليها في خصوص الفرض، كما اعترف به في المسالك و غيرها، نعم

روى عنبسه بن مصعب (٢)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كانت له ثلاث نسوه فتزوج عليهن امرأتين في عقد، فدخل بواحد منهما ثم مات، قال: إن كان دخل بالمرأه التي بدأ باسمها

١- ١ الوسائل الباب- ٣- من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد الحديث ٦.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٥- من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد الحديث ١.

و ذكرها عند عقده النكاح فان نكاحها جائز، و لها الميراث، و عليها العده، و إن كان دخل بالمرأه التي سميت و ذكرت بعد ذكر المرأه الأولى فإن نكاحها باطل»

الحديث. و هو كما ترى لا- تخيير فيه، مع احتمال أن يراد به وقوع النكاح للأولى فيما لو قال الوكيل مثلاً: «زوجتك فاطمه و زينب» فقال: «قلت تزويج فاطمه و زينب» فان النكاح يقع للأولى حينئذ. و على كل حال هو خارج عما نحن فيه.

و يمكن أن يريد المصنف

صحيح جميل (١) المروى فى الكافى و الفقيه و التهذيب الوارد عن أبى عبد الله عليه السلام «فى رجل تزوج خمساً فى عقده، قال: يخلى سبيل أيتهاً شاء و يمسك الأربع»

لعدم الفرق بين المسألتين، إلا- أنه لا ضعف فى سنده، اللهم إلا أن يريد الضعف فى دلالة باعتراف احتمال إرادته التزوج حال الكفر، و احتمال الإمساك بالعقد الجديد، خصوصاً بعد أن عبر بمثله فيما علم إرادته ذلك منه فيمن تزوج أختين على الترتيب، كما سمعته فيما تقدم إلا أنه كما ترى خلاف الظاهر الذى هو الحجه، على أن الخبر غير مهجور، بل عمل به الشيخ و أتباعه، بل و تبعهم يحيى بن سعيد فى المحكى عنه و العلامه فى المختلف، و ليس متضمناً لممتنع كى يتجه طرحه أو تأويله، إذ يمكن كون التخيير فيه على حسب التخيير لمن أسلم على أزيد من النصاب، و إن كان ذلك فى الاستداه و هذا فى الابتداء لكنه لا يصلح فارقاً، فان ما لا يؤثر فى الابتداء لا يؤثر استداه، بل ذلك غير فاقد للتعين، و ليس هو بمنزله «زوجتك إحدى الامراتين» ضروره كون الفرض تعيين كل منهما.

و لعله إلى ذلك أوماً فى المختلف، حيث احتج له مضافاً الى الصحيح بوجود المقتضى و انتفاء المانع، إذ ليس إلا انضمام العقد على الأخرى، و هو لا- يقتضى تحريم المباح، كما لو جمع بين محرمة عينا و محلله عينا فى عقد، و كما لو جمع بين المحلل و المحرم فى البيع، و لا- أثر للإطلاق و التعين، إذ فى التعين تحرم واحده معينه، فيبطل العقد عليها، و تحل أخرى معينه، و فى الإطلاق تحل واحده

مطلقه و تحرم اخرى مطلقه، و قد عقد عليهما معا، فيدخلان في العقد، إذ لا وجود للكلى إلا في جزئياته، فما في المسالك - من مناقشته بأن العقد على المحرمه ثابت بدون العقد و على المحلله كذلك، فلا يضر الانضمام، بخلاف غير المعينه، لأن كل واحده صالحه للصحه منفرده و منهي عنها مع الانضمام، و لا أولويه، و تعلق العقد بغير معينه غير كاف في الصحه، بل لا بد من تعيينها قبل العقد، و لذا لا يجوز على إحدى المرأتين إجماعا، و بهذا يحصل الفرق بين من يحرم نكاحها عينا و مطلقا - مدفوعه بما عرفت من أن ذلك ليس من فاقد التعيين، بل هو كأثر العقد بعد الإسلام.

و من ذلك يظهر لك قوه القول بالتخير، بل لو قلنا بأن القواعد تقتضى البطلان كان المتجه ذلك، للنص الحاكم عليها بعد جمعه شرائط الحجيه، و الاحتياط مع أنه غير واجب هو ليس في البطلان مطلقا، ضروره عدم موافقته لجواز تزويجهما من غير طلاق، و تغليب جانب الحرمة إنما يسلم وجوبه في متحقق الحرمة، و لا يخلص إلا بالاجتناب، و هو في المقام ممنوع، و لو تزوج الحر حره في عقد و اثنتين في عقد و ثلاثا في عقد و اشتبه السابق صح نكاح الواحده على القول بالبطلان، للقطع بصحه نكاحها كيفما فرض، و يبقى الاشتباه في الآخرين، و الوجه استعمال القرعه كما سمعته سابقا في مسأله الأختين، و عن التذكرة الحكم بها هنا و لعله أولى من المحكى عن الشافعيه من الوجهين: أحدهما بطلان العقد، و الآخر الإيقاف إلى البيان، فان لم يعلم كان لهن الفسخ، و إن صبرن لم يفسخ، و عليه الإنفاق عليهن في مده التوقف، و أما على القول بالتخير فلا- يتعين الواحده للصحه، لاحتمال تأخر عقدها عن الآخرين مع جواز صحتها باختيار إحدى الاثنتين أو اثنتين من الثلاث.

[القسم الثانى إذا استكملت الحره ثلاث طلاقات حرمت على المطلق حتى تنكح]

القسم الثانى من قسمى استيفاء العدد إذا استكملت الحره ثلاث طلاقات لم ينكحها بينها زوج آخر حرمت على المطلق حتى تنكح دواما زوجا غيره و تذوق عسيلته و يذوق عسيلتها بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا الى الكتاب (١) و السنه (٢).

قال الله تعالى «الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ- ثم قال:- فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ، فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا» الآية فإنها صريحه فى حرمة المطلقة على زوجها بالطلاق، و أن حلها موقوف على أن تنكح زوجا غيره، و أما أن الطلاق المحرم هو الثالث فمستفاد منها بمعونه تعقيبها لقوله تعالى:

«الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ» فإنه يقتضى كون المعنى إن طلقها بعد المرتين أى التطليقتين الأولتين، و الطلاق الواقع بعدهما ليس إلا الثالث، إذ غيره لا- يطلق عليه أنه بعد المرتين عرفا، بل بعد الثلاث فما زاد، و لأن التحريم بالثالث يقتضى انتفاءه فى غيره، إلا إذا انتهى الدور، فيحرم لكونه ثالثا أيضا، فلا يكون التحريم إلا به.

ثم إن الظاهر إرادته الرجعى من الطلاق فى قوله تعالى «الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ» بمعنى إن الطلاق الرجعى الذى يجوز للزوج الرجوع فيه مرتان، أى تطليقتان، فالثالث بائن لا رجعى، و معنى قوله تعالى «فَأِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ» إن الزوج بعد التطليقتين الأولتين مخير بين إمساك المرأة بالرجوع و حسن المعاشرة على الوجه المعروف شرعا و عرفا و تسريحها بالإحسان، بأن يطلقها التطليقة الثالثة

١- ١ سورة البقره: ٢- الآية ٢٢٩ و ٢٣٠.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣ و ٤- من أبواب أقسام الطلاق من كتاب الطلاق.

و لا- يراجعها حتى تنقضى عدتها و تبين عنه بانقضاء العده، فإنه يجوز له كل من الأمرين، لكون الطلاق فى المرتين رجعيا، و مقتضاه جواز الرجوع فى العده، و يكون قوله تعالى «فَأْمْسَاكُ» بيانا للالزم الحكم الأول، و هو كون الطلاق رجعيا.

و قيل: إن المعنى فى الآيه: الطلاق الشرعى مرتان، أى تطليقه بعد تطليقه، على أن تكون التثنيه لمطلق التكرير، كما فى قوله تعالى (١) «ثُمَّ ارْجِعِ الْبَيْتَ كَرَّتَيْنِ» أى كره بعد اخرى، و الفرض نفى شرعيه الجمع و الإرسال كما ذهب إليه أكثر العامه، و وجوب التفريق بين الطلاقين كما ذهب إليه أصحابنا، و على هذا يكون قوله تعالى «فَأْمْسَاكُ» تخييرا للأزواج بعد تعليمهم كيفيه الطلاق الشرعى بين الإمساك بحسن المعاشره و القيام بحقوق الزوجيه و التسريح بالإحسان، أى التسريح الجميل الذى علمهم، و هو الطلاق الذى لا- إرسال فيه، أو يكون المعنى على قياس ما سبق فى الأول أنه بعد وقوع الطلاق المشتمل على التفريق ما يوجب أحد الأمرين من إمساك الزوجه بالرجوع و تسريحها بالطلاق الثالث، أو ترك الرجوع حتى تنقضى العده، و ذلك لأن تفريق الطلاق يستلزم تعدده، و أقل ما يصدق معه التعدد المرتان، فيكون الطلاق الواقع بعده ثالثا، و حينئذ يكون قوله تعالى «فَأْمْسَاكُ» إلخ بيانا لحكم الزوجه بعد تطليقها من غير ترتب على سابقه كما فى الأول.

و كيف كان فالطلاق المشار اليه بقوله تعالى «فَمِنْ طَلَّقَهَا» هو الثالث، أما على الأول فظاهر، و أما على الثانى فلأن المعنى إن طلقها بعد التكرير، أى التطليقه الواقعه بعد اخرى، و لا ريب فى صدق المعنى المذكور فى الطلاق الثالث، فإن أقل ما يتحقق معه التكرير مرتان، و الواقع بعد هما هو الثالث.

لكن لا- يخفى أن الأصح ما قلناه أولا من أن المراد الطلاق الرجعى و أن الثالث هو التسريح بإحسان، أما الأول فلوضوح كون المرتين حقيقه فى معنى التثنيه، و استعماله فى مطلق التكرير مجاز قليل الاستعمال، و دعوى تبادل الشرعى فى أمثال

ذلك ممنوعه هنا، فان قوله تعالى «فَإِنْ طَلَّقَهَا» قرينه على أن المراد مما قبله الرجعى الذى تحل معه الزوجه، و كذا قوله تعالى «فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا» كما هو واضح، مضافا إلى

المروى عن النبى صلى الله عليه و آله (١)

«إنه قيل له:

الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَأَيْنَ الثَّالِثَةُ؟ قَالَ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَشْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ»

و إلى ما

روى فى سبب نزولها (٢)

«أن امرأه أتت عائشه فشكت من زوجها يطلقها و يسترجعها يضارها، و كان الرجل فى الجاهليه إذا طلق امرأته له أن يراجعها و لو ألف مره، فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه و آله، فنزلت الطلاق مرتان»

فجعل حد الطلاق ثلاثا.

و أما الثانى فللنبوى الذى سمعته، و ل

خبر أبى بصير المروى عن تفسير العياشى (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام، قال: «المراه التى لا تحل لزوجها حتى تنكح زوجا غيره التى تطلق ثم تراجع ثم تطلق ثم تراجع ثم تطلق الثالثه، فلا- تحل حتى- إلى آخرها- إن الله يقول: الطلاق مرتان- إلى آخرها- و التسريح هو التطليقه الثالثه»

وعنه (٤) عن أبى جعفر عليه السلام «إن الله تعالى يقول الطَّلَاقُ- الى آخرها- و التسريح بإحسان هى التطليقه الثالثه»

و عن سماعه بن مهران (٥)

«سألته عن المراه التى لا- تحل حتى تنكح زوجاً غيره و تذوق عسيلته و يذوق عسيلتها، و هو قول الله عز و جل الطَّلَاقُ- الى آخرها- قال: التسريح بإحسان التطليقه الثالثه»

و لا ينافى ذلك ما

روى (٦)

«من أن قوله تعالى فَإِنْ طَلَّقَهَا فلا تحل له هى التطليقه الثالثه»

لأن قوله تعالى «فَإِنْ طَلَّقَهَا» على هذا التقدير بيان لحكم التسريح في قوله تعالى «أَوْ تَسْرِحُ بِإِحْسَانٍ» فيكون الطلاق الثالث مرادا منه أيضا، وإنما سمي تسريحا لأن المرأة تطلق به من قيد الزواج، إذ هو مأخوذ من السرح، وهو الإطلاق، يقال: سرح الماشيه في المرعى سرحا: إذا أطلقها ترعى، و سرحت

١-١ سنن البيهقي ج ٧ ص ٣٤٠.

٢-٢ سنن البيهقي ج ٧ ص ٣٣٣.

٣-٣ الوسائل الباب-٤- من أبواب أقسام الطلاق الحديث ١٠ من كتاب الطلاق.

٤-٤ الوسائل الباب-٤- من أبواب أقسام الطلاق الحديث ١٢ من كتاب الطلاق.

٥-٥ الوسائل الباب-٤- من أبواب أقسام الطلاق الحديث ١٣ من كتاب الطلاق.

٦-٦ الوسائل الباب-٤- من أبواب أقسام الطلاق الحديث ١١ من كتاب الطلاق.

الماشييه: انطلقت في المرعى، و منه المسرح للمشط، لانطلاق الشعر به، و إنما كان بإحسان لأنه لا يرجى معه الرجوع المضار للزوجه، لبيوتتها به، و على كل حال فدلاله الآيه ظاهره على المطلوب الذى هو نفى الحل له بجميع وجوهه، من غير فرق بين الدوام و المتعه.

و أما النصوص (١)

فهى متواتره فيه أيضا و فى أنها لا تحل له حتى ينكحها دواما زوج آخر غيره، و لا تكفى المتعه منها، ل

خبر الصيقل (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام «قلت: رجل طلق امرأته طلاقا لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره فتزوجها رجل متعه أ تحل للأول؟ قال: لا، لأن الله تعالى يقول فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا، و المتعه ليس فيها طلاق»

و قد يشعر هذا الخبر بالحكم فى المسأله الأصوليه، و هو تخصيص العام أو تقييد المطلق بذكر الحكم الخاص لبعض أفرادهما فى مساقهما، بل لعل من ذلك مسأله الضمير أيضا، هذا و يأتى إن شاء الله باقى أحكام المسأله فى كتاب الطلاق.

نعم الحكم المذكور ثابت للحره سواء كانت تحت حر أو عبد عندنا، لأن نصوصنا قد تواترت فى أن العبره بعدد الطلقات النساء لا- الرجل. و حينئذ ف إذا استكملت الأمه طلقتين لم يتخلل بينهما نكاح رجل آخر حرمت عليه أى المطلق حتى تنكح زوجا غيره و لو كانت تحت حر بلا خلاف أجده بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، و النصوص (٣)

متواتره فيه أيضا كما تسمعها إن شاء الله، خلافا للمحكى عن العامه، فجعلوا العبره بالزوج، فان كان عبدا حرمت عليه بالطلقتين و إن كانت حره، و إن كان حرا اعتبر الثلاث و إن كانت زوجته أمه، و المراد حرمه وطئها عليه و لو بملك اليمين كما صرحت به النصوص (٤)

أيضا.

١- ١ الوسائل الباب- ٣ و ٤ و ٩- من أبواب أقسام الطلاق من كتاب الطلاق.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٩- من أبواب أقسام الطلاق الحديث ٤ من كتاب الطلاق.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٤- من أبواب أقسام الطلاق من كتاب الطلاق.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٢٦- من أبواب أقسام الطلاق من كتاب الطلاق.

و لا فرق فى الطلقات المحرمه على هذا الوجه بين كونها للعدّه و غيرها، خلافا لابن بكير و أصحابه فاعتبروا كونها للعدّه، و إلا حلت لزوجها من دون محلل و لو ألف مره كما تسمعه إن شاء الله فيما يأتى، و تسمع أيضا أن النكاح المتخلل بين الطلقات يهدم ما تقدمه من الطلاق، فإذا رجعت لزوجها مثلا بعده تكون عنده على الثلاث كحالها السابق أولا، و الله العالم.

و إذا استكملت المطلقة تسعا للعدّه ينكحها بينها رجلان حرمت على المطلق أبدا إجماعا بقسميه، و المراد بالطلاق للعدّه أن يطلقها بالشرائط ثم يراجع فى العده و يطأ، ثم يطلق فى طهر آخر ثم يراجع فى العده و يطأ، ثم يطلق الثالثه فينكحها بعد عدتها زوج آخر، ثم يفارقها بعد أن يطأها، فيتزوجها الأول بعد العده، و يفعل كما فعل أولا إلى أن يكمل لها تسعا كذلك يتخلل بينهما نكاح رجلين، فتحرم فى التاسعه مؤبدا لكن لا يخفى عليك أن إطلاق التسع للعدّه حينئذ مجاز، لأن الثالثه من كل ثلاثه ليست للعدّه، بل للسنه، و وجه التجوز إما بإطلاق اسم الأكثر على الأقل أو باعتبار المجاوره، و تظهر فائده الاعتبارين فيما لو طلق الأول للعدّه و الثانيه للسنه، فان المعنيين ينتفيان عن الثالثه، و يصدق على الثانيه اسم العديه بالاعتبار الثانى دون الأول، و فيما لو كانت الثانيه للعدّه و الأولى للسنه، فعلى الأول يختص بها الاسم، و على الثانى يصدق الاسم على الطرفين لمجاورتها.

و فى المسالك بعد أن ذكر ما عرفت قال: «و مع ذلك ففى اعتبار التحريم بمثل هذا إشكال، من وجود العلاقه فيهما كما اعتبرت فى الثالثه إجماعا، و من أن تعليق الحكم على المعنى المجازى على خلاف الأصل لا يصار إليه فى موضع الاشتباه، و هذا هو الأقوى، فيجب الاقتصار فى التحريم المؤبد على موضع اليقين، و هو وقوع التسع على الوجه الأول، أو إكمال التسع للعدّه حقيقه مع التفرق، و لا تغتفر الثالثه كما اغتفرت فى الأولى لكونها على خلاف الأصل مما ذكرناه، فيقتصر بها على موردها و هو وقوعها بعد عدتين، و على هذا إن وقع فى كل ثلاث واحد عديه احتسبت خاصه،

و إن وقع فى بعض الأدوار عدتين احتمال إلحاق الثالثه بهما كما فى مورد النص، لوجود العلاقه بالمعنيين، و عدمه لخروج مجموع الواقع من مورده، و للتوقف فى الحكم بالتحريم مطلقا فيما خرج عن موضع النص و الإجماع مجال- ثم قال- هذا كله فى الحره، و أما الأمه فيحتمل تحريمها بالست لتزليلها منزله التسع للحره، و لأن نكاح الرجلين يتحقق فيهما كتسع الحره، و بالتسع كالحره، لأنها إذا طلقت تسعا ينكحها بعد كل طلقتين رجل صدق أنه نكحها بين التسع رجلا، فيجتمع الشرطان المعبران فى التحريم المؤبد، و هما التسع و نكاح الرجلين، بخلاف الست، لتخلف الأول، و يحتمل عدم تحريمها مؤبدا مطلقا، لأن ظاهر النص كون مورده الحره، فيتمسك فى الأمه بأصالة بقاء الحل، و لأن شرط التحريم المؤبد وقوع التسع للعدده ينكحها بينها رجلا، و ذلك منتف فى الأمه على كل حال، لتوقف التسع فيها على نكاح أزيد من رجلين، و هو مغاير لظاهر اعتبار الرجلين خاصه، و بالجمله فالحكم بالتحريم المؤبد بمثل هذه المناسبات مشكل، و وروده فى كيفيه مخصوصه لا يوجب تعديته إلى غيرها، لجواز أن يكون للهيئه الاجتماعيه، من كون طلقتين متواليتين للعدده و ثالثه بعدهما محرمة و هكذا ثلاث مرات يوجب حكما لا يحصل بدونها، و مع ذلك ففيها إشكال آخر، و هو أن الحكم بالتحريم مع تمام العدد يوجب تعلقه بغير ثالثه و ثانيه فى الأمه لأنه يتم فى الحره بالخامسه و العشرين إن كانت العديه هى أول الدور، و السابعه عشر فى الأمه، و ذلك غير معهود فى حكم التحريم المرتب على الطلاق».

قلت مضافا إلى أن المفهوم من النصوص (١)

التي عثرنا عليها اعتبار توالى التسع للعدده فى التحريم المؤبد و هو لا يكون إلا فى الصوره الأولى، فيبقى غيرها على إطلاق ما دل على الحل بالمحلل فى كل ثلاث، و من ذلك يعلم أنه لا وجه للحكم بالتحريم المؤبد فى صور الشك تمسكا بإطلاق ما دل (٢)

عليه بالتسع خرج ما خرج

١- ١ الوسائل الباب-٤- من أبواب أقسام الطلاق من كتاب الطلاق.

٢- ٢ الوسائل الباب-٤- من أبواب أقسام الطلاق الحديث ٤ و ٨ من كتاب الطلاق.

مما لم يكن للعدة و يبقى غيره، ضروره أنك قد عرفت ظهور النصوص فى اعتبار توالى التسع المحرمه، إذ هى ليست إلا

الموثق (١) عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «الملاعنه إذا لاعنها زوجها لم تحل له أبدا، و الذى يتزوج امرأه فى عدتها و هو يعلم لا تحل له أبدا، و الذى يطلق الطلاق الذى لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ثلاث مرات و تتزوج ثلاث مرات لا تحل له أبدا»

و خبر أبى بصير (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام أيضا قال: «و سألته عن الذى يطلق ثم يراجع ثم يطلق ثم يراجع ثم يطلق، قال:

لا- تحل له حتى تنكح زوجا غيره، فيتزوجها رجل آخر فيطلقها على السنه، ثم ترجع الى زوجها الأول فيطلقها ثلاث تطليقات فتنكح زوجا غيره فيطلقها، ثم ترجع الى زوجها الأول فيطلقها ثلاث مرات على السنه، ثم تنكح، فتلك التى لا تحل له أبدا»

وصحيح إبراهيم بن عبد الحميد (٣) عن أبى عبد الله و أبى الحسن عليهما السلام «إذا طلق الرجل المرأه فتزوجت، ثم طلقها زوجها فتزوجها الأول، ثم طلقها فتزوجت رجلا، ثم طلقها فتزوجت الأول، ثم طلقها هكذا ثلاثا لم تحل له أبدا».

و هى كما ترى ظاهره أو صريحه فى اعتبار التوالى، نعم لا ظهور فيها باعتبار كونها للعدة فى التحريم المؤبد، بل الصحيح الأخير منها صريح فى عدم ذلك، كما أن الثانى منها صريح أيضا فى أن الثلاثه الأخيره للسنه، و مطلق فى الثلاثه الثانيه، بل ظاهر الأول منها أن موضوع المحرمه حتى تنكح و موضوع المحرمه أبدا واحد إلا- أن الأولى الثلاث و الثانيه التسع، فالمتجه حينئذ إما تخصيصهما معا

١- ١ ذكر صدره فى الوسائل فى الباب- ٣١- من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ١ و وسطه فى الباب- ١٧- منها الحديث ١ و ذيله فى الباب ٤ من أبواب أقسام الطلاق الحديث ٤ من كتاب الطلاق.

٢- ٢ الوسائل فى الباب- ٤- من أقسام الطلاق الحديث ٢.

٣- ٣ أشار إليه فى الوسائل فى الباب- ١١- من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد الحديث ٢ و ذكره فى الكافى ج ٥ ص ٤٢٨.

بالعديه كما هو صريح ابن بكير و أصحابه أو الاكتفاء فيهما جميعا بالسنى، فالإكتفاء حينئذ فى الأولى بالسنى و تخصيص الثانية بالعدي مناف لظاهره، بل و ظاهر غيره، بل و الاعتبار، ضروره أن التحريم عليه بالثالث حتى تنكح نوع من العقاب و ضرب من التأديب، فان لم يحصل بذلك حتى فعله ثلاث مرات كان أدبه الحرمه أبدا بالتسع كما أوماً إليه الرضا عليه السلام فى خبر ابن سنان (١) المروى فى الفقيه فى عله تثلث الطلاق و عله تحريم المرأه بعد التسع.

لكن ربما دفع ذلك كله بشذوذ الصحيح الأخير، و بإرادته المقابل للبدعه من السنه فى الثلاثه الأخيره من الثانى، و المقيد من الثلاثه الثانیه فيه على معنى التطلقات المذكوره أولاً، و بأن الأول و إن كان مطلقاً إلا أنه مقيد بمفهوم القيد المعتبر فى

المروى (٢) عن الخصال فى تعداد المحرمات بالسنه قال: «و تزويج الرجل المرأه قد طلقها للعهده تسع تطلقات»

و بمفهوم الشرط فى الرضوى (٣) حيث قال: «و أما طلاق العده فهو أن يطلق الرجل امرأته على طهر من غير جماع، ثم يراجعها من يوم واحد أدنى ما يريد من قبل أن تستوفى قرءها، و أدنى المراجعه أن يقبلها أو ينكر الطلاق، فيكون إنكار الطلاق مراجعه، فإذا أراد أن يطلقها ثانيه لم يجز ذلك إلا بعد الدخول بها، و إذا أراد طلاقها تربص بها حتى تحيض و تطهر ثم يطلقها، فإذا أراد راجعها. و إن طلقها الثالثه فقد بانت منه ساعه طلقها فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره، فإذا انقضى عدتها منه تزوجها رجل آخر و طلقها أو مات عنها، فإذا أراد أن يتزوجها فعل - الى أن قال - فان طلقها ثلاث تطلقات على ما و صفته واحده بعد واحده فقد بانت منه،

١- ١ الوسائل الباب -٤- من أبواب أقسام الطلاق الحديث ٨ من كتاب الطلاق.

٢- ٢ الوسائل الباب -١- من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ١.

٣- ٣ ذكر صدره فى المستدرک الباب -٢- من أبواب أقسام الطلاق الحديث ٣ و ذيله فى الباب -٤- منها الحديث ٦ و تمامه فى البحار ج ١٠٤ ص ١٤٢ و ١٤٣ مع اختلاف فى اللفظ فيهما.

و لا تحل له بعد تسع تطليقات أبدا، و اعلم أن كل من طلق تسع تطليقات على ما وصفت له لم تحل له أبدا»
إذ هو ظاهر في اعتبار ذلك، خصوصا بعد ذكر طلاق السنه فيه مع عدم الإشاره إلى التحريم به إذا كان تسعا.

بل قد يدل على ذلك أيضا خصوص المعترين (١)

بوجود ابن أبي عمير و عبد الله بن المغيرة اللذين هما مما أجمع العصابه على تصحيح ما يصح عنهما في سنديهما، فلا يضر ضعف الراوى لو كان في وجه، ف

في أحدهما «عن رجل طلق امرأته ثم لم يراجعها حتى حاضت ثلاث حيض، ثم تزوجها ثم طلقها فتركها حتى حاضت ثلاث حيض، ثم تزوجها ثم طلقها فتركها حتى حاضت ثلاث حيض، من غير أن يراجعها يعنى يمسه، قال: له أن يتزوجها أبدا ما لم يراجع و يمسه»

فان لفظ التأييد صريح في العموم، كما لو طلقت كذلك و لو تجاوزت التسع، و أنها لا تحرم بذلك إلى حصول الأمرين من الرجوع و الوقاع، و ليس نصا في مختار ابن بكير، لقبوله التقييد بحصول المحلل بعد كل ثلاث، فيكون مقتضاه حينئذ حل التزويج له أبدا بعد حصول المحلل لا مطلقا.

قيل: و أصرح منهما

الموثق (٢) عن الصادق عليه السلام «فان فعل هذا- مشيرا إلى المطلقه بالسنه- مأه مره هدم ما قبله، و حلت بلا زوج، و إن راجعها قبل أن تملك نفسها ثم طلقها ثلاث مرات يراجعها و يطلقها لم تحل له إلا بزواج»

بالتقريب السابق، و خروج الذيل عن الحجيه بالإجماع و المعتره غير ملازم لخروج الجميع عنها، فقد يكون من إلحاق ابن بكير الذي في سنده، و كلامه

١- ١ ذكر أحدهما و أشار الى الثاني في الوسائل في الباب-٣- من أبواب أقسام الطلاق الحديث ١٣ و ذكرهما في الكافي ج ٦ ص ٧٧.

٢- ٢ الوسائل الباب-٣- من أبواب أقسام الطلاق الحديث ١٦ من كتاب الطلاق عن أبي جعفر عليه السلام.

اجتهاد منه، و يؤيده تصريح ابن بكير على ما حكى عنه فى عده من الأخبار (١).

بعدم سماعه عدم اعتبار المحلل من أحد الأئمة صلوات الله و سلامه عليهم، و أنه من الرأى الذى رآه و رزقه الله إياه.

هذا و لكن الجميع كما ترى إذ خبر العلل مع أنه من المفهوم الضعيف يمكن إرادته الطلاق فى طهر لم يواقعها فيه الذى هو ابتداء العده على نحو قوله تعالى (٢):

«فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ» و حينئذ فيندرج فيه الطلاق السننى المقابل للبدعى الذى هو الطلاق فى طهر المواقعه، و ربما يؤيده ذلك أن التسع للعده لا يكون حقيقه إلا بهذا المعنى، ضروره عدم كون التسع للعده فيما فرضوه، لما عرفت من خروج كل ثالث منه، فليس هو إلا مجازا (٣) لا قرينه عليه، و ما فى النص (٤)

و الفتوى من تفسير الطلاق العدى بالمراجع فيه فى العده موقعا فيها فى مقابل السننى لا يقتضى أن التسع للعده كذلك، بل لعله يقضى بخلافه، بل لعل ذكرهم التسع مع نصهم على الحرمة بالمفروض قرينه على عدم ذلك، و إلا كان مقتضاه تحريمها بالرابعه عشر، فإنها هى التى تكمل بها التسع للعده حقيقه.

و أما الرضى فهو- مع أنه لم يثبت نسبه الى الرضا عليه السلام عندنا- يجرى فيه نحو ذلك.

و أما الأخبار الثلاث فلا يخفى تجشم ما سمعته فيها، بل يمكن القطع بعدم إرادته ذلك منها و إن كان هو مقتضى صناعه الأصول، إذ ليس كل ما تقتضيه الصناعه حجه يعمل عليه مع القطع أو الظن المعتد به بعدم إرادته، بل فتح الباب المزبور فى الخبر الثالث يسقط الأخبار عن الحجيه، ضروره قيام احتمال تصرف الراوى

١- ١ الوسائل الباب- ٣- من أبواب أقسام الطلاق الحديث ١١ و ١٢ و الكافى ج ٦ ص ٧٧ و ٧٨ و الاستبصار ج ٣ ص ٢٧١ الرقم ٩٦٣ و ٩٦٤.

٢- ٢ سورة الطلاق: ٦٥- الآية ١.

٣- ٣ فى النسختين الأصليتين المبيضة و المسوده «الامجاز» و الصحيح ما أثبتناه.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٢- من أبواب أقسام الطلاق الحديث ١ من كتاب الطلاق.

فى جميعها، فليس هى إلا- أخبار موافقه لابن بكير و أصحابه، فالمتجه إما طرحها لمعارضتها بالأقوى منها، أو العمل بها كما تعرفه فى محله إن شاء الله.

و من ذلك كله توقف بعض متأخرى الأصحاب فى الحكم المزبور، و هو فى محله، نعم إن تم الإجماع المدعى على عدم اعتبار الطلاق العدى فى الحرمة حتى تنكح فى مقابل ابن بكير، و تم الإجماع المدعى أيضا على اعتبار العدى فى الحرمة أبدا، و تم الإجماع المدعى أيضا على تحقق التسع للعدة بالمعنى المجازى ثبت ما ذكره، و إلا كان للنظر فيه مجال.

و عليه فالمتجه حينئذ الاقتصار عليه و قوفا على ما خالف الأصل على المتيقن من النص و الفتوى، فلا تكفى المتفرقه، و لا يجرى الحكم فى الأمه لما عرفت من عدم إطلاق يرجع إليه حينئذ فى صور الشك بعد فهم التوالى من النصوص المزبوره، و الله العالم و ربما يأتى زياده تحقيق للمسأله فى باب الطلاق إن شاء الله.

[السبب الخامس اللعان]

السبب الخامس اللعان، و هو سبب لتحريم الملاعنه تحريما مؤبدا نصا (١).

و إجماعا، و لكن شروطه (٢) الآتيه فى محله كأن يرميها بالزنا و يدعى المشاهده و لا بينه، أو ينفى ولدها الجامع لشرائط الإلحاق به و تنكر ذلك، فتلزمهما حينئذ الملاعنه، و يأمرهما الحاكم بها، فإذا تلاعنا سقط عنه حد القذف و عنها حد الزنا، و انتفى الولد عنه، و حرمت عليه مؤبدا، بلا إشكال فى شىء من ذلك و لا خلاف، و لو لم يدع المشاهده أو أقام بينه فلا لعان إجماعا، لاشتراطه بعدم الشهداء بنص الآية (٣).

١- ١ الوسائل الباب- ١- من كتاب اللعان.

٢- ٢ هكذا فى النسخه الأصلية المبيضة، الا أن الموجود فى المسوده التى هى بخط المصنف قده «بشروطه» و هو الصحيح.

٣- ٣ سورة النور: ٢٤- الآية ٦.

و كذا فى كونه سببا للحرمة أبدا قذف الزوجه الصماء أو الخرساء بما يوجب اللعان لو لم تكن كذلك و إن لم يكن لعان بينهما، لاكتفاء شرطه بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا الى

صحيح أبى بصير أو موثقه (١) قال: «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل قذف امرأته بالزنا و هى خرساء صماء لا تسمع ما قال، فقال: إن كان لها بينه تشهد لها عند الإمام جلده الحد و فرق بينهما، ثم لا تحل له أبدا، و إن لم تكن لها بينه فهى حرام عليه ما أقام معها و لا إثم عليها»

وحسن الحلبي و محمد بن مسلم (٢) عنه عليه السلام «فى رجل قذف امرأته و هى خرساء، قال: يفرق بينهما»

و خبر محمد بن مروان (٣) عنه عليه السلام «فى المرأه الخرساء كيف يلاعنها زوجها؟

قال: يفرق بينهما و لا تحل له أبدا»

و ظاهر الأخيرين الاكتفاء بالخرس وحده، بل هو ظاهر الأول أيضا بناء على روايه الشيخ له هنا بأو، لكن رواه فى باب اللعان بدونها كالكلينى الذى هو أضبط من الشيخ قطعا، لكن مع كون ذلك فى كلام السائل و الاقتصار على الخرس فى الروايتين و التعبير بأو فى كلام الأ-كثر بل هو فى معقد إجماعى الغنيه و محكى السرائر يتجه الاكتفاء بأحدهما، نعم فى محكى التحرير الإشكال فى الصماء، و فى المسالك هو مبنى على اعتبار الأمرين.

و فيه أنه لو كان كذلك لم يخص الصماء بالإشكال، ضروره كونهما حينئذ من واد واحد، بل هو مبنى على مفروغيه سببيه الخرس وحده للروايتين، و إحدى النسختين و معقد الإجماعين، أما الصمم فقد يتوقف فيه من حيث إنه ليس إلا فى سؤال خبر أبى بصير المحتمل كونه مذكورا فيه لبيان الواقع، لا- لأن له مدخلية فى الحكم، كما أنه ليس فى الجواب إلا الحكم المزبور الذى لا إشكال فى ثبوته على فرض تماميه الخرس فى التسبب، إذ الصمم إن لم يكن مؤكدا لم يكن مانعا، فالعمومات حينئذ تقتضى عدم التحريم معه، و من الإجماعين المزبورين و إحدى النسختين و ظهور السؤال فى مدخليته فى الحكم سيما مع قول السائل: «لا تسمع ما قال» مع تقرير الامام له، فإذا ثبت أن الخرس وحده سبب فى الحكم استلزم ذلك

١- ١ الوسائل الباب - ٨- من كتاب اللعان الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٨- من كتاب اللعان الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل الباب - ٨- من كتاب اللعان الحديث ٤.

ثبوت الصمم وحده أيضا بعد فرض ظهور الخبر في مدخليته في الحكم، إذ احتمال الإطلاق في سببيه الخرس و تقييد سببيه الصمم به لا يرجع إلى محصل.

نعم ربما يقوى في النفس أن الاختلاف المزبور في النصوص للتلازم بين الخرس الخلقى و الصمم، و منه ينقذ تخصيص موضوع هذا الحكم المخالف للأصول بذلك، أما الخرس العارضى بقطع لسان و نحوه و كذلك الصمم فلا يثبت له هذا الحكم، و هو جيد جدا إن لم يكن إجماع على خلافه.

و على كل حال فقد سمعت في المتن و غيره اعتبار ما يوجب اللعان في القذف المسبب لذلك، و قد يشكل ذلك بخلو الصحيح و الحسن بل و معقد إجماع الغنية عن ذلك، و من هنا قال بعضهم: «لو لا الإجماع على القيد المزبور لأمكن جعل السبب مطلقا قذف الزوج الصماء و الخرساء» لكن قد يقال مضافا إلى ذلك: إن الخبر الثالث - و إن لم يكن مقيدا لهما باعتبار عدم منافاته لهما - مشعر بأن التفرقة المزبوره هي اللعان بينهما، بل لعل السؤال في الخبرين الأولين مبنى على ذلك، بمعنى أن الخرساء و الصماء التي لا لعان معها باعتبار خرسها و صممها إذا قذفها زوجها كيف الحكم في هذا القذف؟ فأجاب عليه السلام بما عرفت، أى أن حكم اللعان يجرى و إن لم يكن فيكون هذا هو اللعان بينهما، و هذا هو المناسب لقاعده الاقتصار على المتيقن فيما خالف الأصل و العمومات، و من هنا قيد المصنف و غيره القذف بما يوجب، بل هو ظاهر غيره أيضا مما ذكره متصلا بحكم الملاعنه.

و من ذلك يعلم أن الحكم ثابت على سبب اللعان، و هو القذف و إنكار الولد، و هذا معنى قوله: «كيف يلاعنها؟» أى إذا حصل سبب اللعان في غيرها معها كيف يلاعنها؟ فما وقع من بعضهم من التصريح باختصاص الحكم في القذف بالزنا دون نفي الولد في غير محله، كاحتمال جريان اللعان منها بالإشارة فيه بخلاف الأول، لما ستعرف من اشتراط اللعان في كل من سببه بعدم الخرس و الصمم، كما هو واضح.

بل من ذلك يعلم أيضا سقوط ما عن الصدوق من ثبوت الحكم لو قذفت الزوجه

الزوج الأخرس أو الأصم و إن شهد له

المرسل (١) الفاقد لشرائط الحجية و إن كان المرسل ممن اجتمعت العصابة على تصحيح ما يصح عنه على ما رواه الكشي (٢)

«فى امرأه قذفت زوجها الأصم، قال: يفرق بينهما و لا يحل له أبدا»

لكن قد عرفت أن هذا الحكم من أحكام اللعان بين الزوجه و زوجها، و هو إنما فى قذف الزوج للزوجه لا العكس، نعم لو قلنا: إنه حكم للقذف من حيث كونه قذفا- ترتب عليه لعان لولا- الآفه أو لم يترتب- أمكن حينئذ تعميم الحكم و لو لقاعده الاشتراك فى وجهه، و يخرج المرسل حينئذ شاهدا، لكن قد عرفت أن الحكم مترتب عليه من حيث كونه سبب لعان، فلا يتجه ذلك، و لذا لو قذفها على وجه لا- يكون لعان به لعدم دعوى المشاهده أو لحصول البينه أو لغير ذلك لم يترتب عليه الحكم المزبور، كما هو واضح، و الله العالم.

[السبب السادس الكفر]

[المقصد الأول لا يجوز للمسلم نكاح غير الكتابيه]

السبب السادس الكفر، و النظر فيه يستدعى بيان مقاصد:

[المقصد الأول لا يجوز للمسلم نكاح غير الكتابيه]

الأول لا يجوز للمسلم نكاح غير الكتابيه إجماعا من المسلمين فضلا عن المؤمنين، و كتابا (٣) و سنه (٤)

و ما عساه يظهر من محكى الخلاف عن بعض أصحاب الحديث من أصحابنا من القول بالجواز مع أنا لم نتحققه و لا نقله غيره مسبق بالإجماع و ملحق به، نعم فى تحريم الكتابيه من اليهود و النصارى روايتان (٥)

١- ١ الوسائل الباب- ٨- من كتاب اللعان الحديث ٣.

٢- ٢ رجال الكشي ص ٤٦٦ ط النجف.

٣- ٣ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٢١.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١- من أبواب ما يحرم بالكفر.

٥- ٥ الوسائل الباب- ١ و ٢- من أبواب ما يحرم بالكفر.

أشهرهما عملا بين المتأخرين المنع في النكاح الدائم، و الجواز في المؤجل و ملك اليمين جمعا بين الدليلين، لكن لا ريب في دلالته قوله تعالى (١) «وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ» الآية على منع النكاح مطلقا، لأن تعليق النهي على الغايه التي هي الإيمان يدل على اشتراطه في النكاح، بل تعقيب النهي بقوله تعالى «أُولَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ، وَاللَّهُ يَدْعُوا إِلَى الْجَنَّةِ» يقتضى كونه عله للمنع، فان الزوجين ربما أخذ أحدهما من دين صاحبه، فيدعو ذلك إلى دخول النار، و هذا المعنى مطرد في جميع أقسام الكفر، و لا اختصاص له بالشرك، على أنه قيل: إن اليهود و النصارى منهم أيضا، لقول النصارى بالأقنيم الثلاثة، و قد قال الله تعالى (٢) «وَقَالَتِ الْيَهُودُ عُزَيْرٌ ابْنُ اللَّهِ وَقَالَتِ النَّصَارَى الْمَسِيحُ ابْنُ اللَّهِ» و قال أيضا (٣) «اتَّخَذُوا أَحْبَابَهُمْ رُهْبَانَهُمْ أَرْبَابًا مِنْ دُونِ اللَّهِ وَالْمَسِيحِ - إِلَى أَنْ قَالَ - سُبْحَانَهُ عَمَّا يُشْرِكُونَ» و الإشراك كما يتحقق بإثبات إله آخر مع الله سبحانه كذا يتحقق بإثبات إله غيره، فتكون الآية حينئذ داله على المطلوب.

بل لعل قوله تعالى (٤) «وَمَنْ لَمْ يَسْتَعِظْ مِنْكُمْ طَوْلًا» الآية دال على المطلوب أيضا، فإنه إنما جوز نكاح الأمة إن لم يقدر على الحره المؤمنه، فلو جاز نكاح الكافره لزم جواز نكاح الأمة مع الحره الكافره، و لم يقل به أحد، و لأن التوصيف بالمؤمنات في قوله تعالى (٥) «مِنْ فِتْيَانِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ» يقتضى أن لا يجوز نكاح الكافره من الفتيات مع انتفاء الطول، و ليس إلا لامتناع نكاحها مطلقا، للإجماع على انتفاء الخصوصيه بهذا الوجه، و لأين المنع عنها مع انتفاء الطول يقتضى المنع معه بطريق أولى، و في المحكى

عن نوادر الراوندى بإسناده (٦) عن موسى بن جعفر عن آبائه عن على عليهم السلام «لا يجوز للمسلم التزويج بالأمة اليهوديه

١- ١ سورة البقره: ٢- الآية ٢٢١.

٢- ٢ سورة التوبه: ٩- الآية ٣٠.

٣- ٣ سورة التوبه: ٩- الآية ٣١.

٤- ٤ سورة النساء: ٤- الآية ٢٥.

٥- ٥ سورة النساء: ٤- الآية ٢٥.

٦- ٦ البحار ج ١٠٣ ص ٣٨٠ ط الحديث.

و لا النصرانية، لأن الله تعالى يقول مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ».

بل قوله تعالى (١) «وَلَا تُمَسِّكُوا بِعَصَمِ الْكُوفِرِ» دال على المطلوب أيضا فإن العصم جمع عصمه، و هي ما يعتصم به من عقد أو ملك، لأن المرأة بالنكاح تعصم من غير زوجها، و الكوافر جمع كافر، فالمراد نهى المؤمنين عن المقام على نكاح الكافرات، لانقطاع العصمه بينهما بالإسلام، و قد

روى (٢)

«إنها لما نزلت أطلق المسلمون نساءهم التي لم يهاجرن حتى تزوج بهن الكفار»

و فى مرسل على بن إبراهيم (٣) عن أبى جعفر عليه السلام فى تفسيرها «من كانت عنده امرأه كافره على غير مله الإسلام و هو على مله الإسلام فليعرض عليها الإسلام، فإن قبلت فهى امرأته، و إلا فهى بريئه منه، نهى الله أن يمسك بعصمهم»

و متى ثبت انقطاع العصمه الثابته بالنكاح السابق لزم منه عدم تأثير اللاحق، بل لعله أولى، بل يمكن إرادته الأعم من السابق و اللاحق من الإمساك المنهى عنه فيها، فإن الاستداده من لوازم التحصيل عادة، و المنع من اللازم يقتضى المنع من الملزوم، و على كل حال فلا ريب فى دلالتها على ذلك من غير اختصاص بالمشركات و إن نزلت فيهن على ما قيل، لأن العبره بعموم اللفظ لا بحصول السبب.

مضافا إلى

موثق ابن الجهم (٤) قال: «قال لى أبو الحسن الرضا عليه السلام: يا أبا محمد ما تقول فى رجل يتزوج نصرانية على مسلمه؟ قلت: جعلت فداك و ما قولى بين يديك؟ قال: لتقولن، فان ذلك تعلم به قولى، قلت: لا يجوز تزويج نصرانية على مسلمه و لا على غير مسلمه، قال: و لم؟ قلت: لقول الله عز و جل (٥):

١-١ سورة الممتحنه: ٦٠- الآيه ١٠.

٢-٢ مجمع البيان ذيل الآيه ١٠ من سورة الممتحنه.

٣-٣ الوسائل الباب-٥- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٧.

٤-٤ الوسائل الباب-١- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٣.

٥-٥ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٢١.

وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ - إلى آخرها - قال: فما تقول في هذه الآية (١) وَ الْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ؟ قلت: قوله: وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ نسخت هذه الآية، فتبسم ثم سكت.

و إلى

خبر زراره (٢) عن أبي جعفر عليه السلام: «لا- ينبغى نكاح أهل الكتاب، قلت: جعلت فداك و أين تحريمه؟ قال: قوله وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ بِعِصْمِ الْكُوفِرِ» (٣)

و صحيحه الآخر (٤)

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله سبحانه وَ الْمُحْصَنَاتُ - إلى آخرها - قال: هذه منسوخة بقوله وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ بِعِصْمِ الْكُوفِرِ».

و إلى

خبر مسعده بن صدقه المروى عن تفسير العياشى (٥) قال: «سئل أبو جعفر عليه السلام عن قول الله تعالى وَ الْمُحْصَنَاتُ - إلى آخرها - قال: نسختها وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ بِعِصْمِ الْكُوفِرِ».

و إلى ما

عن الطبرسى أنه روى عند قوله تعالى «وَ الْمُحْصَنَاتُ» عن أبي - الجارود (٦) عن أبي جعفر عليه السلام «أنه منسوخ بقوله تعالى وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ»

بل قيل إن المراد بالمحصنات اللاتى أسلمن منهن، و بالمحصنات من المؤمنات اللاتى كن فى الأصل مؤمنات بأن ولدن على الإسلام، لما حكى أن قوما كانوا يتخرجون من العقد على من أسلمت عن كفر، فبين سبحانه أنه لا حرج فى ذلك، فلذا أفردته بالذكر.

و إلى قوله تعالى (٧) «لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ» إلى آخرها، فإن

١- ١ سورة المائدة: ٥- الآية ٥.

٢- ٢ الوسائل الباب - ١ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٤.

٣- ٣ سورة الممتحنة: ٦٠- الآية ١٠.

٤- ٤ الوسائل الباب - ١ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١.

٥- ٥ المستدرک الباب - ١ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١.

٦-٦ الوسائل الباب - ١- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٧.

٧-٧ سورة المجادلة: ٥٨- الآيه ٢٢.

التزويج بهن موده، خصوصا بعد قوله تعالى (١) «وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مِيَدَةً وَرَحْمَةً» و إلى قوله (٢) «لَا يَسْتَوِي أَصْحَابُ النَّارِ وَ أَصْحَابُ الْجَنَّةِ» فان نفي الاستواء يقتضى نفيه من جميع الوجوه التى منها المناكحة، و من ذلك كله ذهب المفيد و المرتضى و ابن إدريس فيما حكى عنه إلى المنع مطلقا حتى الوطاء بملك اليمين الذى هو أحد العصم، بل ادعى المرتضى منهم الإجماع على ذلك.

إلا أن التحقيق الجواز مطلقا وفاقا للحسن و الصدوقين على كراهيه متفاوتة فى الشده و الضعف بالنسبه (٣)

إلى الدائم و المنقطع و ملك اليمين، و بالنسبه (٤)

إلى من يستطيع نكاح المسلمه و غيره، و بالنسبه (٥)

لمن يكون عنده المسلمه و غيره، و بالنسبه (٦)

إلى البله منهن و غيرها، كما أومأت إلى ذلك كله النصوص التى ستسمعها، لقوله تعالى (٧) «وَالْمُحْصَنَاتُ» إلى آخرها التى هى من سوره المائده المشهوره فى أنها محكمه لا نسخ فيها.

قال رسول الله صلى الله عليه و آله (٨): «إن سوره المائده آخر القرآن نزولا فأحلوا حلالها و حرموا حرامها».

والمروى (٩) عن الطبرسى عن العياشى بإسناده و عيسى بن عبد الله، عن أبيه

١- ١ سوره الروم: ٣٠- الآيه ٢١.

٢- ٢ سوره الحشر: ٥٩- الآيه ٢٠.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢- من أبواب ما يحرم بالكفر و الباب- ١٣- من أبواب المتعه و الباب- ١٦- من أبواب ما يكتسب به الحديث ١ من كتاب التجاره.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٢- من أبواب ما يحرم بالكفر.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٢ و ٧ و ٨- من أبواب ما يحرم بالكفر.

٦- ٦ الوسائل الباب- ٣- من أبواب ما يحرم بالكفر.

٧- ٧ سوره المائده: ٥- الآيه ٥.

٨- ٨ الدر المنثور ج ٢ ص ٢٥٢.

٩- ٩ البحار ج ٩٢ ص ٢٧٤.

عن جده، عن أمير المؤمنين (عليه السلام) قال: «كان القرآن ينسخ بعضه بعضاً، وإنما يؤخذ من رسول الله صلى الله عليه وآله و آله بآخره، و كان من آخر ما نزل عليه سورة المائدة نسخت ما قبلها و لم ينسخها شىء، لقد نزلت عليه و هو على بغله شهباء، و قد ثقل عليه الوحي حتى وقفت و تدلى بطنها حتى رأيت سرتها تكاد تمس الأرض و أعى، و أغمى على رسول الله صلى الله عليه وآله حتى وضع يده على ذؤابه شيبه بن وهب الجمحي، ثم رفع ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وآله، فقرأ علينا رسول الله صلى الله عليه وآله سورة المائدة، فعمل رسول الله صلى الله عليه وآله و عملنا».

والمروى مرسلًا (١) عن أبي جعفر عليه السلام فى قوله تعالى (٢) «لَا تُجِلُّوا شَعَائِرَ اللَّهِ» الآية «إنه لم ينسخ من هذه السورة شىء و لا من هذه الآية لأنه لا يجوز أن يبتدأ المشركون فى أشهر الحرم بالقتال إلا إذا قاتلوا»

و فيه رد على من زعم أن قوله تعالى (٣) «وَلَا الشَّهْرَ الْحَرَامَ» منسوخ بقوله (٤) «فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ».

و

صحيح زراره (٥) عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سمعتة يقول: جمع عمر بن الخطاب أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله و آله و فيهم على عليه السلام، فقال: ما تقولون فى المسح على الخفين؟

فقام المغيرة بن شعبه، فقال: رأيت رسول الله صلى الله عليه وآله يمسح على الخفين، فقال على عليه السلام: قبل المائدة أو بعدها، فقال: لا أدري، فقال على عليه السلام: سبق الكتاب الخفين، إنما نزلت المائدة قبل أن يقبض بشهرين أو ثلاثة».

والمروى عن العياشى، عن زراره و أبى حنيفة عن أبى بكر بن حزم (٦) قال:

١-١ مجمع البيان ذيل الآية ٢ من سورة المائدة.

٢-٢ سورة المائدة: ٥- الآية ٢.

٣-٣ سورة المائدة: ٥- الآية ٢.

٤-٤ سورة التوبة: ٩- الآية ٥.

٥-٥ الوسائل الباب- ٣٨- من أبواب الوضوء- الحديث ٦ من كتاب الطهارة.

٦-٦ الوسائل الباب- ٦- من أبواب صفات القاضى- الحديث ٤٨ من كتاب القضاء.

«توضأ رجل فمسح على خفيه فدخل المسجد فصلى، فجاء على عليه السلام فوطأ على رقبته، فقال: ويلك تصلى على غير وضوء، فقال: أمرني عمر بن الخطاب، قال: فأخذ بيده فانتهى به إليه، فقال: انظر ما يروى هذا عليك و رفع صوته، فقال: نعم أنا أمرته إن رسول الله صلى الله عليه و آله مسح على الخفين، قال: قبل المائدة أو بعدها، قال: لا أدري، قال: فلم تفتني و أنت لا تدري، سبق الكتاب الخفين».

بل يدل على انتفاء النسخ في خصوص الآية بل هي ناسخه لما ادعوا نسخها به ما رواه السيد في المحكى من

رساله المحكم و المتشابه نقلًا عن تفسير النعماني بإسناده (١) عن علي عليه السلام قال: «و أما الآيات التي نصفها منسوخ و نصفها متروك بحاله لم ينسخ، و ما جاء من الرخصه في العزيمه فقله تعالى وَ لَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ - إلى آخرها- و ذلك أن المسلمين كانوا ينكحون في أهل الكتاب من اليهود و النصارى و ينكحونهم حتى نزلت هذه الآية نهيا أن ينكح المسلم في المشرك أو ينكحونه، ثم قال الله تعالى في سورة المائدة ما نسخ هذه الآية، فقال وَ الْمُحْصِنَاتُ - الآية- فأطلق الله تعالى مناكحتهن بعد أن كان نهى، و ترك قوله وَ لَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا على حاله، لم ينسخه».

بل يشهد له أيضا ما ذكره الثقة الجليل

علي بن إبراهيم (٢) في تفسيره عند قوله تعالى «وَ لَا تَنْكِحُوا» الآية «هي منسوخه بقوله تعالى في سورة المائدة:

١- ١ الوسائل الباب - ٢- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٦.

٢- ٢ الموجود في تفسير علي بن إبراهيم في ص ٦٣ طبع إيران عام ١٣١٣ ذيل الآية ٢٢١ من سورة البقره «بقوله وَ لَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ منسوخه بقوله: وَ الْمُحْصِنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ، و قوله وَ لَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا على حاله لم ينسخ» و في ص ١٥١ ذيل الآية ٥ من سورة المائدة «فقد أحل الله نكاح أهل الكتاب بعد تحريمه في قوله في سورة البقره وَ لَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ، و انما يحل نكاح أهل الكتاب الذين يؤدون الجزية على ما يجب، فأما إذا كانوا في دار الشرك و لم يؤدوا الجزية لم يحل مناكحتهم».

اليَوْمَ- الآيه- ثم قال: نسخت هذه الآيه قوله وَ لَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ، و ترك قوله وَ لَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ على حاله لم ينسخ، لأنه لا يحل للمسلم أن ينكح المشرك، و يحل له أن يتزوج المشركه من اليهود و النصارى»

فإنه و إن لم يسنده إلى حجه إلا- أن الظاهر كونه مأخوذا عنهم عليهم السلام، كما يشهد به طريقه المحدثين و خصوصا فيما طريقه النقل من نقل متون الأخبار بحذف الإسناد كأنه من كلامهم.

و من ذلك كله يظهر لك ما فى المحكى عن جماعه من منع كون سوره المائده محكمه، لاشتمالها على ما هو منسوخ، و عدوا منه قوله تعالى (١) «فَاعْفُ عَنْهُمْ وَ اضْفَحْ» و قوله تعالى (٢) «مَا عَلَى الرَّسُولِ إِلَّا الْبَلَاغُ»* و قوله تعالى (٣) «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا عَلَيْكُمْ أَنْفُسِكُمْ لَا- يَضُرُّكُمْ مَنْ ضَلَّ إِذَا اهْتَدَيْتُمْ» فإنها جميعا منسوخه بآيه السيف، و هى قوله تعالى (٤) «وَ اقْتُلُوهُمْ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ» على أن ذلك ليس من النسخ قطعا.

و أيضا فإن الروايات السابقه الداله على نسخ آيه المائده منها ما دل على أنها منسوخه بقوله تعالى «وَ لَا تُمَسِّكُوا» و منها ما دل على أنها منسوخه بقوله تعالى:

«وَ لَا تَنْكِحُوا» إلى آخرها، و من المعلوم أن النسخ بأحدهما لا يجتمع مع النسخ بالأخرى لاستحاله نسخ الشىء و رفعه بعد زواله و ارتفاعه.

و منه يعلم أن ما تضمنته روايه الطبرسى من اسناد النسخ إليهما معا خلاف ما يقتضيه الاعتبار، إلا أن يقال: إن النسخ هو إحدى الآيتين خاصه، و إنما أضيف النسخ إلى الأخرى لكونها بمنزله الناسخ من حيث الدلاله على ما يخالف حكم المنسوخ و إن حصل الرفع بغيرها، أو ما من شأنه النسخ به، أو يقال بتكرار النسخ و إن المنسوخ هو حل الكتابيه لا من حيث استفادته من خصوص الآيه بل حلها مطلقا و إن كان لأجل السنه لكن الكل كما ترى.

و أيضا قد عرفت أن الظاهر من آيه النهى عن الإمساك المنع عن البقاء على

١-١ سورة المائده: ٥- الآيه ١٣.

٢-٢ سورة المائده: ٥- الآيه ٩٩.

٣-٣ سورة المائده: ٥- الآيه ١٠٥.

٤-٤ سورة النساء: ٤- الآيه ٨٩.

نكاح الكوافر و استدامته كما نص عليه المفسرون، فيشكل الحكم بكونه ناسخا لحل الكتابيه، للإجماع على بقاء النكاح إذا أسلم زوج الذميه دونها و إن اختلفوا في جواز نكاحها ابتداء و عدمه، و لا تجدى أولويه المنع عن الابتداء بعد انتفاء حكم الأصل، نعم يصح جعل الآيه ناسخه لو حمل الإمساك على ما يعم الابتداء و الاستدامه، لكنه خلاف المتبادر من اللفظ، و لذا لم يذكره المفسرون.

و أما النسخ بقوله تعالى «وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ» فيتوجه عليه منع دخول الكتابيه في المشركه، لأن المتبادر من الشرك في إطلاق الشرع غير أهل الكتاب، كما يؤيده عطف المشركين على أهل الكتاب و بالعكس في كثير من الآيات (١) و هذا لا ينافي اعتقادهم ما يوجب الشرك، إذ ليس الغرض نفى الشرك عنهم، بل عدم تبادره من إطلاق لفظ المشرك، و ادعاء النسخ بالايه لفهم العموم منها بالقرائن و إن كان ممكنا إلا أنه خلاف ظاهر الروايه الداله على النسخ بها من غير التفات إلى قرائن العموم، فوجب حينئذ طرح ما دل على ذلك، أو تأويله. على أن خبر ابن الجهم ليس فيه إلا أنه تبسم و سكت، و يمكن أن يكون تبسمه على اشتباهه، خصوصا و الامام عليه السلام سأله عن تزويج النصرانيه على المسلمه الظاهر في المفروغيه من جواز نكاحها لا على مسلمه.

و أيضا صدر آيه المائده بقوله تعالى (٢) «الْيَوْمَ أُحِلَّ» إلى آخرها المراد منه بحسب الظاهر ما تعلق بالكتابين، فإنه ظاهر في تجدد الحل و رفع الحرمه السابقه، فهو حينئذ كالصریح في أنه ناسخ لا منسوخ، على أنه لو أغضينا عن ترجيح ما ذكرناه، و قلنا: إن خبر الواحد لا يثبت به النسخ و لا الناسخ فلا أقل من التعارض، و لا ريب في أن التخصيص أولى من النسخ، و هو حاصل بتحكيم سوره المائده.

هذا كله مضافا إلى موافقه ذلك للنصوص المستفيضه أو المتواتره الداله على

١- ١ سوره البقره: ٢- الآيه ١٠٥ و سوره البينه: ٩٨- الآيه ١ و ٦.

٢- ٢ سوره المائده: ٥- الآيه ٥.

جواز نكاح الكتابيه منطوقا و مفهوما ك

صحيح ابن وهب (١) و غيره المروى فى الكافى و الفقيه عن أبى عبد الله عليه السلام «فى الرجل المؤمن يتزوج النصرانيه و اليهوديه، قال: إذا أصاب المسلمه فما يصنع باليهوديه و النصرانيه؟ فقلت: يكون له فيها الهوى، فقال: إن فعل فليمنعها من شرب الخمر و أكل لحم الخنزير، و اعلم أن عليه فى دينه فى تزويجه إياها غضاضه»

و منه يعلم الكراهه لمن يجد المسلمه

فى خبر محمد (٢) عن أبى جعفر عليه السلام «لا ينبغى للمسلم أن يتزوج يهوديه و لا نصرانيه و هو يجد مسلمه حره أو أمه»

مضافا إلى إشعار لفظ «لا ينبغى» فيه، و إلى

خبر عبد الله بن سنان (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «سأله أبى و أنا أسمع عن نكاح اليهوديه و النصرانيه، فقال: نكاحهما أحب إلى من نكاح الناصبيه، و ما أحب للرجل المسلم أن يتزوج اليهوديه و لا النصرانيه مخافه أن يتهود ولده أو يتنسروا»

. فما عن أبى على - من حرمة النكاح اختيارا و الجواز اضطرارا للخبر المزبور و

خبر حفص بن غياث (٤) قال: «كتب إلى بعض إخوانى أن أسأل أبا عبد الله عليه السلام عن مسائل، فسألته عن الأسير هل له أن يتزوج فى دار الحرب؟ فقال: أكره ذلك فان فعل فى بلاد الروم فليس هو بحرام، و هو نكاح، و أما فى الترك و الديلم و الخزر فلا يحل له ذلك»

و نحوه، كخبر الخزاز (٥) عنه عليه السلام - واضح الضعف، على أن خبر حفص لا - صراحه فيه، بل و لا - ظهور فى اشتراط الاضطرار المزبور فى الجواز، بل هو فى الدلاله على عدمه أظهر، فيندرج حيثنذ فى أدله المختار التى منها ما عرفت.

١-١ الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٢.

٣-٣ ذكر صدره فى الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١٠. و ذيله فى الباب - ١ - منها - الحديث ٥.

٤-٤ الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٤.

٥-٥ أشار إليه فى الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالكفر - الحديث ٤ و ذكره فى التهذيب ج ٧ ص ٤٣٣ الرقم ١٧٢٧.

و (منها) أيضا

موثق سماعه (١)

«سألته عن اليهوديه و النصرانيه أ يتزوجها الرجل على المسلمه؟ قال: لا و تزوج المسلمه على اليهوديه و النصرانيه»

الذى منه تظهر دلالة القيد في

الصحيح أو الحسن (٢) عن أبي جعفر عليه السلام «لا يتزوج اليهوديه و النصرانيه على المسلمه»

بل و

خبر أبي بصير (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام «لا يتزوج اليهوديه و لا النصرانيه على حره متعه و غير متعه».

و (منها)

خبر أبي بصير (٤) أيضا عن أبي جعفر عليه السلام «سألته عن رجل له امرأ نصرانيه له أن يتزوج عليها يهوديه؟ فقال إن أهل الكتاب مماليك للإمام، و ذلك موسع منا عليكم خاصه، فلا بأس أن يتزوج، قلت: فإنه يتزوج عليها أمه، قال: لا يصلح له أن يتزوج ثلاث إماء، فإن تزوج عليها حره مسلمه و لم تعلم أن له امرأ نصرانيه و يهوديه ثم دخل بها فان لها ما أخذت من المهر، فإن شاءت أن تقيم بعد معه أقامت، و إن شاءت أن تذهب إلى أهلها ذهبت، و إذا حاضت ثلاث حيض أو مرت ثلاثه أشهر حلت للأزواج، قلت: فان طلق عليها اليهوديه و النصرانيه قبل أن تنقضى عدّه المسلمه له عليها سبيل أن يردها إلى منزله؟ قال:

«نعم»

و خبر منصور بن حازم (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام «سألته عن رجل تزوج ذميه على مسلمه و لم يستأمرها، قال: يفرق بينهما، قلت: فعليه أدب؟ قال: نعم اثني عشر سوطا و نصف ثمن حد الزانى و هو صاغر، قلت: فان رضيت المرأ الحره المسلمه بفعله بعد ما كان فعل، قال: لا يضرب و لا يفرق بينهما، يبقيان على النكاح الأول»

و خبر هشام بن سالم (٦) عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل تزوج ذميه على

١- ١ الوسائل الباب - ٧- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٧- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل الباب - ٧- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٥.

٤- ٤ الوسائل الباب - ٨- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١.

- ٥-٥ أشار إليه في الوسائل الباب-٧- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٤ و ذكره في الباب-٤٩- من أبواب حد الزنا-
الحديث ١ من كتاب الحدود.
- ٦-٦ الوسائل الباب-٧- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٤.

مسلمه، قال: يفرق بينهما و يضرب ثمن الحد، اثني عشر سوطا و نصف، فان رضيت المسلمه ضرب ثمن الحد و لم يفرق بينهما، قلت: كيف يضرب النصف؟ قال: يؤخذ السوط بالنصف فيضرب به»

و خبر أبي مريم الأنصاري (١) عن أبي جعفر عليه السلام «سألته عن طعام أهل الكتاب و نكاحهم حلال هو؟ فقال: نعم قد كانت تحت طلحه يهوديه»

وصحيح محمد بن مسلم (٢) عنه عليه السلام أيضا «سألته عن نكاح اليهوديه و النصرانيه، فقال: لا بأس به، أما علمت أنه كان تحت طلحه بن عبد الله يهوديه على عهد النبي صلى الله عليه و آله و سلم؟».

و (منها) خصوص ما جاء في المتعه ك

مرسل ابن فضال (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا بأس أن يتمتع الرجل باليهوديه و النصرانيه و عنده حره»

و خبر زراره (٤)

«سمعتة عليه السلام يقول: لا بأس أن يتزوج اليهوديه و النصرانيه، فقال: لا بأس به يعني متعه»

و خبر الأشعري (٥)

«سألته عليه السلام عن الرجل يتمتع من اليهوديه و النصرانيه، فقال: لا أرى بذلك بأسا»

الحديث. و

خبر الحسن التغلبي (٦)

«سألت الرضا عليه السلام أ نتمتع من اليهوديه و النصرانيه؟ فقال: تتمتع من الحره المؤمنه أحب إلي، و هي أعظم حرمه منها»

إلى غير ذلك من

١- ١ الوسائل الباب- ٥- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٣.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٥- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٤.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٤- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٤- من أبواب ما يحرم بالكفر- الحديث ٢ و الباب ١٣ من أبواب المتعه- الحديث ٢. و في الموضعين قال:

«سمعتة يقول: لا- بأس أن يتزوج اليهوديه و النصرانيه متعه و عنده امرأه» و اما قوله: فقال: لا- بأس به يعني متعه» فهو من تتمه

حديث محمد بن سنان الذي ذكره في الوسائل بعد خبر زراره في الموضع الثاني بلا فصل، و الظاهر انه سهو من قلمه و طفره من

نظره الشريف طاب تراه.

٥-٥ الوسائل الباب-١٣- من أبواب المتعه الحديث ١.

٦-٦ الوسائل الباب-٧- من أبواب المتعه الحديث ٣ و الباب-١٣- منها- الحديث ٦ عن الحسن التفليسي كما في الاستبصار-

ج ٣ ص ١٤٥-الرقم ٥٢٤.

النصوص الداله على ذلك، مضافا إلى ما عن المبسوط من أنه قد أجاز أصحابنا كلهم التمتع بالكتابه و وطءها بملك اليمين.

إلا أن النصوص جميعها كما ترى لا تفصيل فى شىء منها بالدائم و المؤجل و ملك اليمين الذى اختاره المصنف و غيره، بل قيل: إنه المشهور، بل ظاهر بعضها أو صريحه التعميم زياده على إطلاق النكاح و التزويج الذى إن لم يكن ظاهرا فى الدوام فلا ريب فى تناوله لهما معا.

و دعوى ظهور الآيه (١) فى المتعه- باعتبار ذكر الأجر فيها الظاهر فى عوضها، دون الدائم، فإن عوضه يسمى بالمهر و الصداق و نحوهما- يدفعها- مع أنه لا دلالة فيها على التفصيل المنافى للإطلاق، بل هى حينئذ كأخبار المتعه- منع اختصاص لفظ الأجر فى ذلك، و منع انصرافه إليه، بل أطلق فى الكتاب و السنه على المهر باعتبار كونه عوض ملك منفعه البضع، على أن الآيه قد اشتملت على المحصنات من المؤمنات و المحصنات من أهل الكتاب، و المراد أجور الجميع، و لا- ريب فى عدم اختصاص الجواز فى المؤمنات بالتمتع، و احتمال اختصاص القيد بالكتابات يدفعه ظهور الآيه فى خلافه، و خبر زراره (٢).

المشتمل على التفسير بالتمتع مع أنه منه لأمن الإمام عليه السلام لا- يقتضى التقييد، إذ أقصاه أن مراد الامام عليه السلام فى خصوص الخبر المزبور من التزويج المتعه.

و دعوى حمل جميع ما دل على جواز الدوام على التقيه يدفعها أن جملة من رواه تلك النصوص ممن لا- يعطون من جراب النوره، على أن فيها ما ينافى التقيه كالخبر المشتمل على كونهن ملكا للإمام، و غيره. كل ذلك مع عدم المعارض الذى يحمل لأجله الخبر على التقيه المسقطه لحجيتها، و عدم الإشعار فى شىء منها بذلك، كما هو المتعارف فى الأخبار الواردة مورد التقيه، و الاستدلال بفعل طلحه باعتبار تقرير النبى صلى الله عليه و آله له عليه فلا دلالة فيه على ذلك، كما هو واضح.

١- ١ سورة النساء: ٤- الآيه ٢٥.

٢- ٢ راجع التعليقه ٤ من الصفحه ٣٨.

و كذا المناقشه فيها- باشتمالها على اعتبار المنع من أكل لحم الخنزير و شرب الخمر، و هو غير شرط فى صحه النكاح، و لا واجب من حيث كونها زوجه و وجوبه من حيث الأمر بالمعروف خارج عما نحن فيه، و اشتمال الآخر على اختصاص التوسعه بالشيعة، و على معاملتهن معامله الأمه فى عدم جواز الجمع بين الثلاث منهن، و عدم نكاحهن على المسلمه، و الخيار للمسلمه لو نكحت عليهن و هى غير عالمه، و أن له الرجوع على المسلمه فى عدّه الفسخ لو طلق اليهوديه، و غير ذلك مما لا يلتزمه القائل بالجواز- يدفعها عدم سقوط الخبر عن الحجيه بذلك، على أن الصدوق و ابنه قد أفتيا بمضمون الصحيح المشتمل على المنع من لحم الخنزير و شرب الخمر، فلعلهما يعملان به بالنسبه إلى ذلك، و إن كان الأقوى خلافه، لا طلاق النصوص، نعم لا يبعد الاستحباب المؤكد أو الوجوب مع التمكن و لو بالاشتراط فى عقد النكاح، كما أنه لا يبعد الكراهه فى نكاحها على المسلمه احتراماً لها، بل لعل الرجوع إليها بعد الطلاق دليل على عدم كون الفسخ حقيقه، و أنها باقيه لعى حباله، كل ذلك بعد فرض الإجماع على عدم هذه الأحكام فيهن، كما هو واضح، و من ذلك كله يظهر لك أن مختار المصنف و غيره من التفصيل فى غايه الضعف.

و أضعف منه اختصاص الجواز بملك اليمين كما هو ظاهر المفيد، و كذا القول بالتفصيل بين الاضطرار و غيره فى الدائم و الجواز مطلقاً متعه، فإن جميع ذلك مناف للعمومات و لما سمعته من الكتاب و السنه السالمه عن معارضه ما عدا التعميم و التخصيص إلا ما تقدم من النصوص (١).

المتضمنه لنسخ آيه المائده (٢) بآيه «وَلَا تُمْسِكُوا» (٣) و بآيه «وَلَا تَنْكِحُوا» (٤) و قد عرفت الحال فيها و قصورها عن

١- ١ الوسائل الباب- ١- من أبواب ما يحرم بالكفر- الحديث ١ و ٣ و ٧ و المستدرک الباب- ١- منها- الحديث ١.

٢- ٢ سوره المائده: ٥- الآيه ٥.

٣- ٣ سوره الممتحنه: ٦٠- الآيه ١٠.

٤- ٤ سوره البقره: ٢- الآيه ٢٢١.

المعارضه من وجوه.

و آيه المحاده (١)- بعد منع كون التزويج مواده، فإنه ربما كان للحاجه دون المحبه، و آيه «وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَ رَحْمَةً» (٢) محموله على الغالب، لتحقق النشوز و الشقاق المنافيين للموده قطعا- ظاهره فى أن المراد مواده المحاد من حيث المحاده، لتعليقها على الوصف الظاهر فى العليه، إذ المواده لا- من تلك الجبهه لا تكون داخله تحت الاختيار، فلا يتوجه النهى إليها، و لا يصح الحمل على اللوازم، لجواز صله المحاد، لقوله تعالى (٣) «وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا» و

قوله صلى الله عليه و آله (٤):

«لكل كبد حرى أجر»

و لا- ريب فى تحريم المواده من حيث المحاده، بل منافاتها للايمان، فإنه و محبه الكفر مما لا يجتمعان، و حينئذ فالايه محموله على ظاهرها، و لا حاجه فيها إلى تأويل قوله تعالى «لا تَجِدُ» بما قيل من أن المعنى لا ينبغي أن تجدوا، فإنه انما يحتاج إلى ذلك لو أريد بالمواده مطلق المحبه، و قد عرفت فساده، بل لعل الغرض من هذا الحكم نفي الايمان عن الذين كانوا يدعون الايمان و يضمرون المواده للكفار المعلنين بالكفر، و هم المنافقون الذين كان يعرفهم النبى صلى الله عليه و آله بلحن القول و إشارات الوحى، و إنما ترك التصريح، لأن الكنايه أوفق بالبلاغه و ادعى إلى الرجوع إلى الحق، و لما فى التصريح من خشيه تظاهرهم بالأمر و لحوقهم بالكفار الداعى إلى تقويه الكفر و ضعف الإسلام لكثرة المنافقين فى عصره صلى الله عليه و آله، و لا ريب فى نقضه للغرض.

أما آيه الاستواء (٥) فهى أجنبيه عما نحن فيه، على أنها هى و غيرها من

١- ١ سورة المجادله: ٥٨- الآيه ٢٢.

٢- ٢ سورة الروم: ٣٠- الآيه ٢١.

٣- ٣ سورة لقمان: ٣١- الآيه ١٥.

٤- ٤ مسند أحمد ج ٢ ص ٢٢٢ و فيه «فى كل ذات كبد حرا أجر».

٥- ٥ سورة الحشر: ٥٩ الآيه ٢٠.

الآيات معارضه لايه المائده بالعموم الذى لا يعارض الخاص، و أما احتمال إرادته المسلمات من «المُحَصِّنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ» (١) فتخرج عن أصل المعارضه فيدفعه أنه مناف للظاهر خصوصا مع المقابله بالمحصنات من المؤمنات و اتصال هذا الحكم بأحكام أهل الكتاب الثابتين على الكفر فى قوله تعالى (٢) «وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ» إلى آخرها، فإنه لا ريب فى أن المراد من أهل الكتاب من ثبت منهم على الكفر دون من أسلم باتفاق المفسرين - على ما قيل - و النصوص الوارده فى تفسيرها، على أن العمده للخصم النص الدال على أنها منسوخه، و لولاه لكان الواجب التخصيص، و حينئذ فالأمر دائر بين النسخ و التخصيص. و على كل حال فالمراد بالمحصنات من الذين اللاتى لم يسلمن من الكتابيات، و قد عرفت رجحان عدم نسخها، بل قد عرفت ما يدل على أنها ناسخه.

و أما

صحيح زراره (٣)

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن نكاح اليهوديه و النصرانيه فقال: لا يصلح للمسلم أن ينكح يهوديه و لا نصرانيه، إنما يحل منهن نكاح البله»

فلم أجد عاملا به، نعم يحكى عن سلار أنه جوز نكاح المؤمنه و المستضعفه دواما و مطلق الذميه متعه، لكنه على كل حال قاصر عن معارضه غيره مما عرفت، على أن قوله عليه السلام فيه: «لا يصلح» مشعر بالكراهه، و إرادته الحرمة منه بقريته قوله عليه السلام:

«إنما يحل» ليس بأولى من إرادته ضعف الكراهه من الثانى بقريته قوله: «لا يصلح» فى الأول، فيكون عدم البلاهه مرتبه من مراتب الكراهه التى أشرنا إليها، و قلنا بتنزيل النصوص عليها، للإشعار فيها بذلك من وجوه.

و قد ظهر لك من ذلك كله ضعف الأقوال الستة أو السبعه، و أن الأقوال المفصله منها مبنيه على الجمع بلا شاهد و نحوه مما هو واضح البطلان، و مما سمعته تعرف ما فى دعوى المرتضى (ره) من الإجماع على عدم الجواز مطلقا المتبين خلافه، خصوصا فى المتعه و ملك اليمين، فلم يبق بحمد الله سبحانه فى المسأله بعد اليوم من

١-١ سورة المائده: ٥- الآيه ٥.

٢-٢ سورة المائده: ٥- الآيه ٥.

٣-٣ الوسائل الباب -٣- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١.

إشكال، و الحمد لله المتعال، و الله هو العالم بحقيقه الحال.

هذا و قد قال المصنف تبعا لجماعه و كذا حكم المجوس على أشبه الروائين أى لا يجوز النكاح فيهم إلا مؤجلا أو ملك يمين،
ف

فى صحيح ابن مسلم (١)

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل المسلم أ يتزوج المجوسيه؟ قال: لا، و لكن إن كانت له أمه مجوسيه فلا بأس أن يطأها و يعزل عنها، و لا يطلب ولدها»

و خبر منصور الصيقل (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام «لا بأس بالرجل أن يتمتع بالمجوسيه»

و نحوه خبرا محمد بن سنان (٣)

و حماد بن عيسى (٤) عن الرضا و أبى عبد الله عليهما السلام، فالجمع بين الصحيح المزبور و بين ما دل على عدم جواز نكاح
المشركات و الكوافر (٥) و بينها قاض بذلك، مضافا إلى مشابهه المتعه لملك اليمين، بل و إلى ما دل على أن المجوس
كتاييون - بناء على أن حكمهم عند المصنف ذلك - من

مرسل الواسطى (٦) عن الصادق عليه السلام قال: «سئل عن المجوس أ كان لهم نبي؟ فقال: نعم أ ما بلغك كتاب رسول الله
صلى الله عليه و آله إلى أهل مكه أن أسلموا و إلا فأذنوا بحرب، فكتبوا إلى النبي صلى الله عليه و آله خذ منا الجزيه و دعنا على
عباده الأوثان، فكتب إليهم النبي صلى الله عليه و آله و إنى لست آخذ الجزيه إلا من أهل الكتاب، فكتبوا إليه يريدون تكذيبه:
زعمت أنك لا تأخذ الجزيه إلا من أهل الكتاب، ثم أخذت الجزيه من مجوس هجر؟ فكتب إليهم النبي صلى الله عليه و آله: إن
المجوس كان لهم نبي فقتلوه، و كتاب أحرقوه أتاهاهم نبيهم بكتابهم فى اثنى عشر ألف جلد ثور»

و نحوه

-
- ١-١ الوسائل الباب -٦- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١.
 - ٢-٢ الوسائل الباب -١٣- من أبواب المتعه الحديث ٥.
 - ٣-٣ الوسائل الباب -١٣- من أبواب المتعه الحديث ٤.
 - ٤-٤ الوسائل الباب -١٣- من أبواب المتعه الحديث ٥ مرسل حماد بن عيسى.
 - ٥-٥ الوسائل الباب -١- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١ و ٣ و ٧.
 - ٦-٦ الوسائل الباب -٤٩- من أبواب جهاد العدو- الحديث ١ من كتاب الجهاد.

المروى فى محكى العلل عن أمير المؤمنين عليه السلام (١)

و

النبوى (٢)

«سنوا بهم سنه أهل الكتاب».

لكن قد يناقش فى ذلك كله بأن مقتضى الآيه و الصحيح الأول عدم جواز النكاح مطلقا غبطه و متعه، و الأخبار الثلاثه ضعيفه لا جابر لها، ضروره عدم تحقق شهره بذلك، بل لعل الشهره على الخلاف، بل عن التبيان و السرائر الإجماع على ذلك، و المرسلان فاقدان شرائط الحجيه، بل زيد فى الثانى منهما «غير ناكحى نسائهم و لا آكلى ذبائهم» فيراد منهما بالنسبه إلى غير ما نحن فيه، ف

فى المقنعه عن أمير المؤمنين عليه السلام (٣) أنه قال: «المجوس إنما ألحقوا باليهود و النصرارى فى الجزيه و الديات لأنه قد كان لهم فيما مضى كتاب».

على أن المراد بأهل الكتاب من أظهر اتباعه و الانقياد له، لا من أحرقه و أعرض عنه، بل المنساق من أهل الكتاب فى مثل آيه المائده التى فى محل البحث اليهود و النصرارى كما لا يخفى على من تأمل موارد إطلاق هذا اللفظ، لعدم العبره عندنا بغير التوراه و الإنجيل من باقى الكتب التى هى على ما قيل نقل من الأنبياء بالمعنى، لا أن ألفاظها نزلت من رب العزه، أو أنها مواعظ و نحوها لا أحكام، و لعله لذلك خص أهل الكتابين ببعض الأحكام دون غيرهم، فالذى يقوى فى النظر حرمة نكاحهم مطلقا إلا بملك اليمين.

نعم الظاهر أن السامر- على ما قيل - قوم من اليهود يسكتون بيت المقدس و قرايا من أعمال مصر يتقشفون فى الطهاره أكثر من سائر اليهود، أثبتوا نبوه موسى و هارون و يوشع و أنكروا نبوه من بعدهم رأسا إلا نبيا واحدا، و قالوا:

١- ١ لم نعر على هذه الروايه فى العلل بعد التتبع التام فيه و انما روى الصدوق قده فى الأمالى و التوحيد عن أمير المؤمنين عليه السلام ما يدل على ان المجوس كان لهم كتاب و بعث إليهم النبى و قد ذكره فى الوسائل فى الباب - ٣ - من أبواب ما يحرم بالنسب - الحديث ٣.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب جهاد العدو الحديث ٥ و ٩ من كتاب جهاد.

٣- ٣ الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب جهاد العدو الحديث ٨ من كتاب جهاد.

التوراه إنما بشرت بنبي واحد يأتي بعد موسى بصدق ما بين يديه من التوراه و يحكم بحكمها، و لا يخالفها البتة، و قبلتهم الطور الذي كلم الله تعالى عليه موسى، و قالوا:

إن الله تعالى أمر داود أن يبنى عليه بيت المقدس، فخالف و ظلم فبناه بايليا.

و أما الصابئون فعن أبي علي «أنهم قوم من النصارى» و عن المبسوط «أن الصحيح خلافه، لأنهم يعبدون الكواكب» و عن التبيان و مجمع البيان «أنه لا يجوز عندنا أخذ الجزية منهم، لأنهم ليسوا أهل الكتاب» و في المحكى عن الخلاف «نقل الإجماع على أنه لا يجرى على الصابئة حكم أهل الكتاب» و عن العين ان دينهم يشبه دين النصارى، إلا أن قبلتهم نحو مهب الجنوب حيال نصف النهار، يزعمون أنهم على دين نوح، و قيل: قوم من أهل الكتاب يقرؤون الزبور، و قيل: بين اليهود و المجوس، و قيل: قوم يوحدون و لا يؤمنون برسول، و قيل: قوم يقرون بالله عز و جل و يعبدون الملائكة و يقرؤون الزبور و يصلون إلى الكعبة، و قيل: قوم كانوا في زمن إبراهيم عليه السلام يقولون بأنا نحتاج في معرفه الله و معرفه طاعته إلى متوسط روحاني لا جسماني، ثم لما لم يمكنهم الاقتصار على الروحانيات و التوسل بها فزعوا إلى الكواكب، فمنهم من عبد السيارات السبع، و منهم من عبد الثوابت، ثم إن منهم من اعتقد الإلهيه في الكواكب، و منهم من سماها ملائكة، و منهم من تنزل عنها إلى الأصنام.

لكن في القواعد «الأصل في الباب أنهم،- أي السامره و الصابئين- إن كانوا إنما يخالفون القبيلتين في فروع الدين فهم منهم، و إن خالفوهم في أصله فهم ملحد لهم حكم الحربيين» و في كشف اللثام «بهذا يمكن الجمع بين القولين لجواز أن يعدوا منهم و إن خالفوهم ببعض الأصول، كما يعد كثير من الفرق من المسلمين مع المخالفه في الأصول، بل الأمر كذلك في غير الإماميه، و قد قيل: إنه لا كلام في عد هما من القبيلتين، و انما الكلام في الأحكام».

قلت: لا ينبغي الكلام في الأحكام بعد فرض أنهم من القبيلتين، أي اليهود و النصارى، ضروره تعليق الأحكام في النص و الفتوى على المسمين بهذا الاسم الذي يشملهم أهل الكتاب، فمع فرض انتحالهم مله موسى و عيسى و التوراه و الإنجيل و ركونهم إلى ما جاء به جرت عليهم الأحكام، بل الظاهر عدم العبره فيما بينهم من الاختلاف

فى الأصول و الفروع، ضروره تناول الاسم لهم جميعا، و هو مدار الأحكام.

كما أن الظاهر الاكتفاء فى إثبات يهوديته مثلا بإقراره من غير حاجه إلى العلم بالتواتر، أو بالشياع المفيد له أو ما يقوم مقامه من شهاده العدلين و إن احتمله فى جامع المقاصد، لكن الذى يقوى خلافه، ضروره كونهم فى ذلك كالمسلمين فى أصل الإسلام و فى فرقه، و كغيره من الأشياء التى لا تعلم إلا من قبل أصحابها، ضروره كونها من الاعتقادات المقبول خبر أصحابها بالنسبه إلى جريان أحكامها من غير فرق بين ما رجع منها إليهم و بين ما رجع منها إلى غيرهم التى منها جواز نكاحهم.

نعم لا عبره عندنا بمن تهود أو تنصر بعد البعثه، لأن كل من انتقل من الإسلام أو من دين من أديان الكفر إلى دين أهل الكتاب بعد مبعث النبى صلى الله عليه و آله لم يقبل منه عندنا من غير خلاف يعرف فيه إلا ما تسمعه من الشيخ (ره) بل عن بعضهم دعوى الإجماع عليه، بل قيل لقوله تعالى (١) «وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ» و عموم

قوله صلى الله عليه و آله (٢): «من بدل دينه فاقتلوه»

و لأن دينهم لنسخه لم تبق له حرمة، خلافا للمحكى عن الشيخ من إقرار الكتابى المنتقل إلى غير ملته إذا كان الثانى مما يقر عليه، ناقلا- عليه الإجماع، و الأول أقوى و حينئذ فليس لأولادهم حرمة و إن نشؤوا على دين أهل الكتاب و لا يقرون عليه، إذ الأولاد إنما يحترمون لاحترام آبائهم، و كذا أولاد الوثنيين إذا نشؤوا على اليهوديه أو النصرانيه، فإنه فى حكم الانتقال.

و لو كان التهود و التنصر قبل البعثه لم يبعد القبول مطلقا سواء كان انتقاله إلى الدين المبدل بهم أو إلى القديم، لكن فى القواعد «إن كان الانتقال قبله- أى المبعث- و قبل التبديل قبل و أقر أولادهم عليه، و ثبت لهم حرمة أهل الكتاب، و هل التهود بعد مبعث عيسى كهو بعد مبعث النبى صلى الله عليه و آله؟ إشكال، و إن كان بينهما

١- ١ سورة آل عمران: ٣- الآيه ٨٥.

٢- ٢ المستدرک الباب- ١- من أبواب حد المرتد الحديث ٢ من كتاب الحدود.

فان انتقل إلى دين من بدل لم يقبل، و إلا قبل، و لو أشكل هل انتقلوا قبل التبديل، أو بعده؟ أو علم و أشكل هل دخلوا في دين من بدل أولاً؟ فالأقرب إجراؤهم مجرى الكتابيين» قلت: لا إشكال في القبول لعموم الأدلة الشامل لهم، بل هو شامل لمن انتقل بين المبعث و التبديل، خصوصاً و المبدلون في زمن النبي صلى الله عليه و آله و الأئمة عليهم السلام أكثر من غيرهم، بل لم يكن لهم إلا الدين المبدل، فإن الإقرار بنبوه نبينا صلى الله عليه و آله من دينهم، فاما أن يكونوا هم المبدلين أو الداخلين في دين المبدل و آبائهم، بل هو شامل أيضاً للمتهود بعد مبعث عيسى عليه السلام، فالأقوى حينئذ إجراء حكم اليهود و النصارى على هؤلاء أجمع إلا من علم تهوده بعد البعث بناء على عدم قبول ذلك منه لما عرفت، كما هو واضح، و الله العالم.

و لو ارتد أحد الزوجين عن الإسلام أو ارتدا معا دفعه قبل الدخول وقع الفسخ في الحال مطلقاً، سواء كان الارتداد عن فطره أو مله، بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، بل من أهل العلم كافه في الأول على ما عن التذكرة، لعدم جواز نكاح المسلم و المسلمه كافر و كافرا ابتداء و استدامه و لو كتابياً، لعدم إقرارهم عليه إذا كان ارتداداً، و للمعتبره (١)

في المرتد الفطرى الشامله لصورتى الدخول و عدمه كما تسمعها، و

الخبر (٢) في الملى «المرتد تعزل عنه امرأته، و لا تؤكل ذبيحته، و يستتاب ثلاثة أيام، فإن تاب و إلا قتل»

و هو و إن كان خاصاً بارتداد الرجل لكن في الرياض إن ارتداد المرأة ملحق به، للإجماع المركب، نعم قد يناقش بظهوره فيما بعد الدخول، اللهم إلا أن يقال: إن ما قبل الدخول أولى فتأمل.

كما أنه قد يناقش في الفسخ بردتهما دفعه، و لعله لإطلاق ما دل على ذلك

١-١ الوسائل الباب-١- من أبواب حد المرتد الحديث ٢ و ٣ من كتاب الحدود و الباب-٦- من موانع الإرث- الحديث ٤ و ٥ من كتاب الإرث.

٢-٢ الوسائل الباب-٣- من أبواب حد المرتد الحديث ٥ من كتاب الحدود.

من نص أو معقد إجماع، بل قد يقال: إن المرتد مطلقاً وإن كان ملياً لا يصح نكاحه ابتداءً ولا استدامه و لو لكافره كتابيه أو غيرها، و كذا المرتده، لأنه بعد أن كان حكمه القتل و لو بعد الاستتابه صار بحكم العدم الذى لا يصح نكاحه، و كذا الامرأه، فإن حكمها السجن و الضرب أوقات الصلاه حتى تتوب أو تموت، و من هنا قال فى الدروس: «و تمنع الرده صحه النكاح لكافره أو مسلمه» و قال أيضاً: «و لا يصح تزويج المرتد و المرتده على الإطلاق، لأنه دون المسلمه و فوق الكافره، و لأنه لا يقر على دينه، و المرتده فوقه، لأنها لا- تقتل» قلت: و من ذلك يظهر لك الوجه فى المرتدين دفعه و لو عن مله، مضافاً إلى دعوى الإجماع و إطلاق ما دل على بينونه بالارتداد الشامل لحالى ارتداد الآخر و عدمه، بل يظهر لك الوجه فى الانفساخ حتى لو كانت الزوجه كتابيه و الزوج مرتداً ملياً عن ذلك الصنف من الكتابي، كما هو واضح.

و على كل حال ف يسقط المهر إن كان من المرأه بلا خلاف أجده فيه لأن الفسخ جاء من قبلها، و لأن المعاوضه انفسخت قبل التقابض و نصفه إن كان من الرجل تنزيلاً للفسخ بارتداده منزله طلاقه المنصف للمهر قبل الدخول سواء كان لمسمى أو لمهر مثل، و فيه أن الأصل يقتضى وجوب المهر للعقد المسبب لذلك، و خروج الطلاق بدليل خاص لا يقتضى التعديده بعد حرمه القياس عندنا، و من هنا صرح غير واحد بوجوب الجميع عليه، خصوصاً فى الارتداد الفطرى المنزل المرتد (١) منزله الميت، و ستعرف أن الموت قبل الدخول يوجب الجميع إلا- أن يقال: إن الأصل فى الفسخ أو ما يقوم مقامه رد كل عوض إلى صاحبه كالإقاله فى البيع، فمع فرض عدم الدخول لم يكن لها عليه شىء، لعدم التقابض، لكن ثبت فى الطلاق النصف للدليل، و ألحق به كل فسخ جاء من قبله بوجوب

١-١ هكذا فى النسخه الأصلية المبيضة و الصحيح للمرتد كما هو كذلك فى المسوده التى هى بخط المصنف طاب ثراه.

المنصف، للإجماع عليه، كما قد أشرنا إلى ذلك في الرضا، فلا حظ و تأمل.

و كيف كان ف لو وقع الارتداد بعد الدخول وقف الفسخ على انقضاء العده من غير فرق في وقوعه من أيهما كان بل و من غير فرق في ارتداد الزوجه بين الفطرى و الملى، نعم يعتبر في الزوج أن يكون عن مله لما ستعرف أنه لا انتظار للفطرى، و حينئذ فإن رجع أو رجعت قبل انقضاء العده كانت زوجته و إلا انكشف أنها بانت من أول الارتداد، كما أنه ينكشف بالإسلام منها أن مثل هذه الرده غير مانعه و أن النكاح باق، لما ستعرفه من النصوص (١)

الداله على ذلك في نكاح الكفار إذا أسلموا، بل هو ظاهر العزل في الخبر السابق (٢)

بل منها يعلم أن الرجوع إلى الزوجيه بالإسلام قهرى لا حاجه فيه إلى قول: «رجعت» و نحوه كالمطلقه، فما

في خبر الحضرمى (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام «إذا ارتد الرجل المسلم عن الإسلام بانت منه امرأته كما تبين المطلقه ثلاثا، و تعتد منه كما تعتد المطلقه فإن رجع إلى الإسلام و تاب قبل أن تتزوج فهو خاطب، و لا عدّه عليها منه له، و إنما عليها العده لغيره، فان قتل أو مات قبل انقضاء العده اعتدت منه عدّه المتوفى عنها زوجها، و هى ترثه فى العده، و لا يرثها إن ماتت و هو مرتد عن الإسلام»

محمول على الرجوع بعد العده، كما أنه يحمل ما فيه من التشبيه بالمطلقه ثلاثا على إرادته عدم الرجوع له و هو كافر، بل تبين عنه فى هذا الحال بينونه تامه.

و على كل حال ف لا يسقط شىء من المهر قطعا لاستقراره بالدخول هذا كله فى المرتد عن مله.

و اما إن كان أى الزوج ولد على الفطره فارتد انفسخ النكاح فى الحال و إن كان بعد الدخول، لأنه لا يقبل عوده بالنسبه إلى ذلك بلا خلاف، بل

١- ١ الوسائل الباب- ٩- من أبواب ما يحرم بالكفر.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣- من أبواب حد المرتد الحديث ٥ من كتاب الحدود.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٦- من أبواب موانع الإرث الحديث ٤ من كتاب المواريث بطريق الشيخ.

الإجماع بقسميه عليه،

قال الساباطي (١): «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: كل مسلم بين مسلمين ارتد عن الإسلام و جحد رسول الله صلى الله عليه وآله نبوته و كذبه فإن دمه مباح لمن سمع ذلك منه، و امرأته بئنه منه يوم ارتد، و يقسم ماله على ورثته، و تعتد امرأته عده المتوفى عنها زوجها، و على الامام أن يقتله و لا يستتبه»

و قال ابن مسلم (٢)

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن المرتد، فقال: من رغب عن الإسلام و كفر بما أنزل على محمد صلى الله عليه وآله و سلم بعد إسلامه فلا توبه له، و قد وجب قتله، و بانت منه امرأته، و يقسم ما ترك على ولده»

و قد تقدم فى كتاب الطهاره (٣) تمام البحث فى قبول توبته باطنا مفضلا، فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

و إذا أسلم زوج الكتابيه فهو على نكاحه سواء كان قبل الدخول أو بعده بلا خلاف أجده، بل فى المسالك و غيرها الإجماع عليه، بل و لا إشكال على المختار من جواز نكاح المسلم الكتابيه ابتداء فضلا عن الاستدامه، بل و على غيره لضعف الاستدامه عن الابتداء، و لما عرفت من الإجماع المعتضد بنفى الخلاف، و

خبر العبيدى عن يونس (٤) قال: «الذمى تكون له المرأه الذميه فتسلم امرأته قال: هى امرأته يكون عندها بالنهار و لا يكون عندها بالليل، قال: فإن أسلم الرجل و لم تسلم المرأه يكون الرجل عندها بالليل و النهار»

و ل

حسن ابن أبى عمير عن بعض أصحابه عن ابن مسلم (٥) عن أبى جعفر عليه السلام «إن أهل الكتاب و جميع من له ذمه

١-١ الوسائل الباب- ١- من أبواب حد المرتد- الحديث ٣ من كتاب الحدود.

٢-٢ الوسائل الباب- ١- من أبواب حد المرتد- الحديث ٢ من كتاب الحدود.

٣-٣ الجزء الأول ص ٤٢٠.

٤-٤ الوسائل الباب- ٩- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٨ مع الاختلاف و رواه بعينه فى الكافى ج ٥ ص ٤٣٧.

٥-٥ الوسائل الباب- ٩- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٥ رواه عن الكلينى بإسناده عن إبراهيم بن هاشم، عن بعض أصحابه، عن محمد بن مسلم و فى الاستبصار ج ٣ ص ١٨٣ الرقم ٦٦٣ عن ابن أبى عمير، عن بعض أصحابه، عن محمد بن مسلم.

إذا أسلم أحد الزوجين فهما على نكاحهما، وليس له أن يخرجها من دار الإسلام إلى غيرها، ولا يبيت معها، ولكنه يأتيها بالنهار، و أما المشركون مثل مشركى العرب وغيرهم فهم على نكاحهم إلى انقضاء العده فإن أسلمت المرأة ثم أسلم الرجل قبل انقضاء عدتها فهي امرأته، وإن لم تسلم إلا بعد انقضاء العده فقد بانت منه ولا سبيل له عليها، وكذلك جميع من لا ذمه له»

وما

فى صحيح ابن سنان (١) عن أبى عبد الله عليه السلام «سألته عن رجل هاجر و ترك امرأته فى المشركين ثم لحقت به بعد أيمسكها بالنكاح الأول أو تنقطع عصمتها منه؟ قال: يمسكها و هى امرأته».

و لإطلاق هذين الحق الشيخ المجوسيه فى هذا الحكم، لكن ينافيه

خبر منصور بن حازم (٢)

«سأل الصادق عليه السلام عن رجل مجوسى كانت تحته امرأه على دينه فأسلم أو أسلمت، قال: ينتظر بذلك انقضاء عدتها، وإن هو أسلم أو أسلمت قبل أن تنقضى عدتها فهما على نكاحهما الأول، وإن هو لم يسلم حتى تنقضى فقد بانت منه»

و نحوه خبر آخر له عنه عليه السلام (٣)

و من هنا جعلها فى محكى الخلاف و المبسوط كالوثنيين، لكن يمكن حملهما على من لم يكن له ذمه بل كان فى دار الحرب، كما عن الشيخ فى الكتايبه و إن تختص البيئونه بما إذا أسلمت دونه، فإنه الذى نص عليه آخرا و لا ينافيه التعميم أولا، إلا أنهما معا كما ترى، فالأقوى حينئذ عدم الإلحاق.

و لو أسلمت زوجته قبل الدخول انفسخ العقد لحرمة تزويجها بالكافر و لو استدامه، فإن الله لم يجعل للكافرين على المؤمنين سبيلاً (٤) و ل

صحيح

١-١ الوسائل الباب-٥- من أبواب ما يحرم بالكفر- الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب-٩- من أبواب ما يحرم بالكفر- الحديث ٣.

٣-٣ الوسائل الباب-٩- من أبواب ما يحرم بالكفر- الحديث ٣ بطريق الكليني قده.

٤-٤ سورة النساء: ٤- الآية ١٤١.

ابن سنان (١) عن الصادق عليه السلام «إذا أسلمت امرأه و زوجها على غير الإسلام فرق بينهما»

الحديث.

نعم لا مهر لها لأن الفسخ جاء من قبلها، و

في صحيح ابن الحجاج (٢) عن أبي الحسن عليه السلام «في نصراني تزوج نصرانيه فأسلمت قبل أن يدخل بها، قال:

قد انقطعت عصمتها منه، و لا مهر لها، و لا عده عليها منه»

لكن

في الحسن كالصحيح (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام في مجوسيه أسلمت قبل أن يدخل بها زوجها، فقال أمير المؤمنين عليه السلام لزوجها: أسلم فأبى زوجها أن يسلم، ففضى لها عليه نصف الصداق، و قال: لم يزدها الإسلام إلا عزا»

إلا أنى لم أجد عاملا به.

و إن كان إسلامها بعد الدخول وقف الفسخ على انقضاء العده فإن أسلم فيها فهي امرأته و إلا بان أنها بانت منه بإسلامها، وفاقا للأكثر، بل المشهور، لنفى السبيل (٤) و للنصوص السابقة (٥)

مضافا إلى

صحيح البنظي (٦)

«سأل الرضا عليه السلام عن الرجل تكون له الزوجه النصرانيه فتسلم، يحل لها أن تقيم معه؟ قال: إذا أسلمت لم تحل له، قلت: جعلت فداك فان الزوج أسلم بعد ذلك أ يكونان على النكاح؟ قال: لا إلا بتزويج جديد»

خلافًا للشيخ في نهايته و المحكى من كتابي الأخبار له، لمرسل ابن أبي عمير (٧)

السابق، و

مرسل جميل بن دراج (٨) عن أحدهما عليهما السلام قال: «في اليهودى و النصراني و المجوسى إذا أسلمت

١-١ الوسائل الباب-٩- من أبواب ما يحرم بالكفر- الحديث ٤.

٢-٢ الوسائل الباب-٩- من أبواب ما يحرم بالكفر- الحديث ٦.

٣-٣ الوسائل الباب -٩- من أبواب ما يحرم بالكفر- الحديث ٧.

٤-٤ سورة النساء: ٤- الآيه ١٤١.

٥-٥ الوسائل الباب -٩- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٢ و ٣ و ٥.

٦-٦ الوسائل الباب -٥- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٥.

٧-٧ راجع التعليقه ٥ من صفحه ٥٠.

٨-٨ الوسائل الباب -٩- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١.

امراته و لم يسلم، قال: هما على نكاحهما، و لا يفرق بينهما، و لا يترك يخرج بها من دار الإسلام إلى الهجره»
أو إليه أشار المصنف.

وقيل: إن كان الزوج بشرائط الذمه كان نكاحه باقيا، غير أنه لا يمكن من الدخول عليها ليلا و لا من الخلوه بها و فى بعض النسخ زياده نهارا لكن الموجود فى النهايه ما هذا لفظه «و إذا أسلمت زوجه الذمى و لم يسلم الرجل و كان الرجل على شرائط الذمه فإنه يملك عقدها، غير أنه لا يمكن من الدخول إليها ليلا، و لا من الخلوه بها، و لا من إخراجها من دار الهجره إلى دار الحرب» إلى آخره، و فى محكى السرائر «قول الشيخ مما يضحك الثكلى، إن كانت زوجته فلا يحل أن يمنع منها، ثم إن منع منها و من الدخول إليها كانت نفقتها ساقطه، لأنها فى مقابله الاستمتاع و هو لا يتمكن منه، فتسقط عنه» قلت: قد سمعت خلو الخبرين المزبورين اللذين هما مستند الشيخ عن جواز الوطء و عدمه، و ما فى أولهما من عدم المبيت عندها لا دلالة فيه على ذلك، خصوصا بعد

قوله عليه السلام: «و يأتيها نهارا»

و على تقدير أن الشيخ (ره) فهم ذلك منه يتخرج له ما ذكره، و لا استبعاد بالعقوبه له بذلك، و لا تسقط النفقه عنه، لأن الامتناع من الوطء لتقصيره بعدم الإسلام الذى قد فرض اشتراط جواز الوطء به، كالخلو من الحيض مثلا.

و الأمر سهل بعد ضعف القول فى نفسه، و أن الشيخ (ره) إنما ذكره فى الكتب الثلاثه التى لم تعد للفتوى، و لذا رجع عنه فى المحكى من خلافه و مبسوطه، على أن الخبرين فاقدان لشرائط الحجية بالإرسال و الضعف بعلى بن حديد، و مرسل (١) جميل فضلا عن أن يعارضا تلك الأدله المعمول بها من خبرى منصور و غيرهما. و من ذلك كله بان لك أن الأول أشبه بقواعد الفن.

هذا و فى المسالك و غيرها «إنه لا فرق على قول الشيخ بين حالى الدخول

١- ١ هكذا فى النسخه الأصلية المبيضة و الصحيح «فى مرسل.» كما هو كذلك فى المسوده التى هى بخط المصنف طاب ثراه.

و عدمه، لا طلاق دليله» قلت: قد يفرق الشيخ بينهما لصحيح ابن الحجاج (١)

المتقدم و لعله لذا ظهر من بعضهم أن محل خلافه (ره) فيما بعد الدخول، و الله العالم. هذا كله في إسلام زوج الكتابيه و إن لم يكن هو كتابيا، و في إسلام زوجه الكتابي و إن لم تكن هي كتابيه.

و أما غير الكتابيين أى أن الزوج و الزوجه غير كتابيين ف الحكم فيهما ان إسلام أحد الزوجين موجب لانفساخ العقد في الحال إن كان قبل الدخول، و إن كان بعده وقف على انقضاء العده بلا خلاف في شىء من ذلك و لا إشكال نضا (٢)

و فتوى، بل لعل الاتفاق نقلا و تحصيلا عليه.

و لو انتقلت زوجه الذمى إلى غير دينها من ملل الكفر وقع الفسخ في الحال و لو عادت إلى دينها، و هو بناء على أنه لا يقبل منها بعد البعثه إلا الإسلام لقوله تعالى (٣) «وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ» و

النبوى (٤)

«من بدل دينه فاقتلوه»

من غير فرق بين المدخول بها و غيرها، و في المنتقله منه و إليه بين كونه ممن يقر عليه أهله أولا، و حينئذ، فلو أسلمت هي بعد ذلك أو أسلم هو أو أسلما مما لم يكن بينهما نكاح و إن كان ذلك قبل انقضاء العده، لحصول الفسخ قبل الإسلام.

لكن لا يخفى عليك ما فى هذا الحكم من الإشكال، ضروره عدم الاعتراض لنا على نكاح أهل الذمه فيما بينهم، فمع فرض جواز ذلك عندهم لم يكن وجه لفسخ النكاح، و عدم إقرارها على الدين الجديد لا ينافى بقاء النكاح، و كذا عدم قبول رجوعها إلى دينها الأول، اللهم إلا أن يدعى أن الحكم بوجوب القتل يستلزم انفساخ النكاح كما سمعته فى المرتد، و هو كما ترى، على أن وجوب

١- ١ الوسائل الباب- ٩- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٦.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٩- من أبواب ما يحرم بالكفر- الحديث ٢ و ٣ و ٥ و ٦.

٣- ٣ سورة آل عمران: ٣- الآية ٨٥.

٤- ٤ المستدرک الباب- ١- من أبواب حد المرتد الحديث ٢ من كتاب الحدود.

القتل إن لم تسلم، فلا أقل حينئذ من أن تكون كالمرتد الملى الذى لا يفسخ نكاحه للمسلمه مثلا بعد الدخول إلا بعد عدم إسلامه إلى انقضاء العده.

و الذى يقوى فى نفسى أن عبارته المتن كانت «زوجته الذميه» أى زوجه المسلم الذميه، نحو ما فرضه العلامه فى المحكى من تذكرته من انتقال الكتايبه زوجه المسلم إلى التوثن، و انما التغيير من النساخ، و الحكم فيه حينئذ كما ذكر مع فرض بقائها على الكفر إلى انقضاء العده و إلا فلو أسلمت فيها كانت زوجه له مع الدخول بخلاف ما لو بقيت، ضروره عدم جواز نكاح المسلم ابتداء و استدامه غير الكتايبه، و الفرض خروجها عن ذلك إلى ما لا يقبل منها و لو مله كتايبه، كعدم قبول دينها الأول منها، فيتعين الفسخ حينئذ.

لكن يبعده فرض هذه المسأله فى محكى الخلاف على نحو ما هو موجود هنا، بل و فى القواعد أيضا قال فيها: «و لو انتقلت الذميه إلى ما لا- يقر أهله عليه فان كان قبل الدخول فسد، و بعده يقف على الانقضاء، فان خرجت و لم يسلم الزوجان فسد العقد، و إن قلنا بقبول الرجوع كان العقد باقيا إن رجعت فى العده، و لو انتقلت إلى ما يقر أهله عليه فكذلك إن لم نقرها عليه، و إلا- كان النكاح باقيا، و لو انتقلت الوثنيه إلى الكتايبه و أسلم الزوج فان قبلنا منها غير الإسلام فالنكاح باق، و إلا وقف على الانقضاء بعد الدخول، و قبله يبطل» فان قوله فى القسم الأول: «و لم يسلم الزوجان» يقتضى أن الزوج غير مسلم، فيلزم منه أن الذميه تحت الذمى إذا توثنت يفسخ النكاح فى الحال إن كان ذلك قبل الدخول.

و فى كشف اللثام إنه أطلق فى التحرير فساد العقد فى الحال إذا انتقلت الذميه زوجه الذمى إلى غير دينها من ملل الكفر بناء على أنه لا- يقبل منها إلا- الإسلام حتى الرجوع إلى دينها، فيمكن تقييد ذلك منهم بما إذا لم يكن النكاح مع ذلك صحيحا عندهم، أو يكون المراد انفساخ النكاح و إن لم يجب التفريق، بمعنى أن الذمى حكمه حكم المسلم فى الصحه و الفساد، و إن أقر على ما عقده فحينئذ إذا كان

متزوجا ذميه مثلاً- كان نكاحه صحيحاً في نفس الأمر بناء على جواز نكاح المسلم لها، فإن انتقلت إلى غير دينها انفسخ نكاحه كالمسلم، وإن وجب إقراره عليه مع فرض صحته في دينه، لكن ذلك لا- ينافي حرمة الوطاء عليه مثلاً، و مرجع ذلك إلى أن الرده من الباطل إلى الباطل تفسخ النكاح مع استمرارها، كالرده من الحق إلى الباطل، حتى في الكفار بعضهم مع بعض، للشركه معنا في الفروع وإن أقرروا عليه مع فرض الصحة عندهم، و من ذلك كله ظهر لك الحكم في جميع أقسام المسأله في الذميه إذا كانت زوجه لمسلم أو ذمى و قد انتقلت إلى غير دينها.

و إذا أسلم الذمى أو غيره على أكثر من أربع من المنكوحات الكتابيات بالعقد الدائم استدام أربعاً من الحرائر أو أمتين و حرتين أو ثلاث حرائر و أمه إن جاز ابتداء نكاح الأمه مع الحره و جاز نكاح أمتين، لألويه الاستدامه منه، بل عن المبسوط و التذكره ظهور الاتفاق على جوازها و إن كان قد يشكل إن لم يتم الإجماع بإطلاق دليل المنع على حسب غيره من الممنوع الذى يعتبر فى الإقرار عليه بعد الإسلام جواز الابتداء، بمعنى ملاحظه الاستدامه ابتداء فيعتبر فيها ما يعتبر فيه.

و لو كان عبداً استدام حرتين أو حره و أمتين أو أربع إماء و فارق سائرهن من غير فرق فى ذلك كله بين ترتب عقدهن و عدمه، و بين اتحاده و تعدده، و بين دخوله بهن و عدمه، و بين الأوائل و الأواخر، لعموم أدله الاختيار. و للعامه قول بانفساخ نكاح الجميع مع اتحاد العقد، كالقول بانفساخ نكاح الأواخر، و فيه أنه مناف لقاعده الإقرار المقتضيه لعدم وجوب الفحص و البحث عن كيفية وقوع نكاحهم، لأن الأصل الصحة و البراءه من الفحص، و لأن كثيراً من الكفار أسلموا على عهدہ صلى الله عليه و آله مع أزواجهم، فأقرهم على نكاحهم من غير استفعال.

نعم لو علم أن نكاحهم مشتمل على مقتضى الفساد استدامه أيضاً كنكاح إحدى المحرمات عينا أو جمعا أجرى عليه حكم الإسلام، و لذا

روى (١) عن

النبي صلى الله عليه وآله «أن فيروز الديلمي لما أسلم عن أختين قال له النبي صلى الله عليه وآله: اختر إحداهما»

إذ عنوان الحرمة في الجميع لا فرق فيه بين الابتداء والاستدامة، ولذا يبطل النكاح بالأمومه الحادثه بالرضاع، و البنت كذلك، و الجمع بالأختين الحادثه به، و هكذا. و من ذلك على الظاهر الجمع بين الأمه و الحره، اللهم إلا أن يثبت ما سمعته من الإجماع إلا مع عدم بقاء المفسد، فالظاهر إقرارهم عليه مع صحته عندهم و إن كان فاسدا عندنا، فضلا عن الصحيح عندنا و إن كان فاسدا عندهم، كما لو اعتقدوا اباحه النكاح الموقت من غير مهر أو العقد في العده و أسلما بعد انقضائها أو جواز شرط الخيار مده و أسلما بعد انقضائها بخلاف ما إذا أسلما و العده أو مده الخيار باقيه، فان المانع حينئذ موجود، فيجرى عليه حكم المسلمين دون الأول الذي قد مضى فيه المفسد في زمن الكفر المقرين عليه و منه نكاح الأزيد من أربع، فإن المفسد كان في زمن الكفر المقر عليه، فشارك العقد السابق في استدامة الصحه، و لذا كان له الخيار في إمساك الأوائل و الأواخر، ضروره كونهن بالنسبه إليه كضمن الخمر الذي أسلم عليه، فإنه لا إشكال في ملكيته عليه و إن كان هو أثر العقد الفاسد، إلا أن المفسد لم يكن موجودا حال الاستدامة، نعم الزيادة على الأربع ممنوعه ابتداء و استدامة، فلذا كان له الخيار من غير فرق بين الجميع، فتأمل جيدا، و ربما يأتي له تتمه.

و كيف كان فلا يشترط إسلامهن لما عرفت من جواز ابتداء نكاح الكتابيه، نعم لو كن و ثنيات انفسخ مع عدم الدخول، و معه انتظر إسلامهن في العده، و لو أسلم معه أربع من ثمان كان له اختيار الكتابيات، لا طلاق دليل التخيير، و لأن الإسلام لا يحرمن عليه، و لا- يوجب نكاح المسلمات، نعم الأولى له اختيار المسلمات، لشرفهن، و ليس للمرأة المتزوجه في الكفر بزوجين اختيار أحدهما إذا أسلما، بل يبطل عقدهما معا مع الاقتران، و الثاني خاصه مع الترتيب و إن اشتبهه فالقرعه أو البطلان أو الإيقاف أو الإلزام بالطلاق أو نحو ذلك مما تقدم في نظائره.

و على كل حال فلا مهر للزائد مع عدم الدخول، و مهر المثل معه إن قلنا بعدم

الصحة للعقد الزائد من أصله، و إن الاختيار لمن عداها كاشف عن ذلك، و أما إن قلنا بصحته على الكل بناء على صحته نكاحهم، و إن الاختيار هو المبطل له عن غير المختار فينبغي أن يثبت المسمى بالدخول، و نصفه أو كله مع عدم الدخول، كما هو واضح.

و لو لم يزد عددهن بعد إسلامه على القدر المحلل له لو كان مسلما كان عقدهن ثابتا بلا خلاف و لا إشكال و ليس للمسلم إجبار زوجته الذميه مثلا على الغسل من الحيض فضلا عن غيره لأن الاستمتاع ممكن من دونه بناء على الأصح من عدم اشتراط الوطء به، و ذمتهم تمنع من إجبارهم على ما ليس في دينهم، نعم قد ذكر غير واحد من الأصحاب إن له إجبارها عليه بناء على اشتراط جواز الوطء به و إن كان فاسدا، لعدم صحته منها، و فيه منع حصول الشرط حينئذ بذلك، بل المتجه استمرار الحرمة عليه حتى تؤمن، ضروره عدم رفع حكم حدث الحيض المفروض منعه بالغسل الفاسد، و دعوى قيامه مقام الصحيح في ذلك محتاجه إلى دليل يدل عليه.

و لو اتصفت بما يمنع من الاستمتاع ألزمت بالمنع منه كالمسلمه، بل لا- يبعد مع كونه مانعا لكماله باعتبار أنه ينفره كالتن الغالب، و طول الأظفار المنفر و نحو ذلك كان له إلزامها بإزالته أما إذا كان مانعا للكمال لا للنفره بل لعدم حصول داع إلى هيجان الشهوه معه ففي تسلطه على إلزامها بإزالته إشكال و له منعها من الخروج من منزله إلى الكنائس و البيع (١١) كالمسلمه إلى المساجد و نحوها، لمنافاته للاستمتاع كما له منعها من (١٢) مطلق الخروج من منزله (١٣) و لو إلى دور أهلها و أرحامها.

و (١٤) كذا له منعها من شرب الخمر و أكل لحم الخنزير و استعمال النجاسات (١٥) ل

قول الصادق عليه السلام في صحيح ابن وهب (١) الذي سأل فيه عن تزوج

النصرانية و اليهوديه: «إن فعل فليمنعها من شرب الخمر و أكل لحم الخنزير»

و فى كشف اللثام تعليله مع ذلك بالنفره، كما أن فيه عن المبسوط إن قدر ما يسكر له منعها، و القدر الذى لا يسكر قيل: فيه قولان، و إن أكلت لحم الخنزير قيل:

فيه قولان، أقواهما أنه ليس له ذلك، أى زوجه كانت، مسلمه كانت أو مشركه بل فيه عنه أنه قوى عدم المنع له عما ينقص الاستمتاع من استعمال النجاسات التى هى كذلك، و من أكل الثوم و البصل و الكراث و نحوها و إن كان هو كما ترى.

نعم قد يتجه الإشكال فى غير المنفر، و غير المانع أو المنقص من الاستمتاع و لو كان شرب خمر و أكل لحم خنزير و استعمال نجس، ضروره عدم الدليل على ذلك من حيث الزوجيه و الصحيح المزبور لأدله فيه على ذلك، فإنه ليس له ذلك فى المسلمه فضلا عن الذميه التى لا تجبر على ما هو غير مناف لدينها، كما أن الظاهر منه أيضا عدم شرطيه حل النكاح بذلك و إن كان ربما يتوهم إلا أنه يجب حملة على ضرب من الندب أو نحوه، لإطلاق النص و الفتوى، و الله العالم.

[المقصد الثانى فى كيفيه الاختيار]

المقصد الثانى فى كيفيه الاختيار الذى لم نعثر على التعبير عنه بلفظه فى شىء من نصوصنا، نعم

فى شرح الإرشاد لبعض فضلاء المخالفين «إن النبى صلى الله عليه و آله قال لغيلان ابن سلمه لما أسلم و تحته عشر نسوه» (١): «اختر أربعا و فارق سائرهن» قال: رواه ابن حيان بهذا اللفظ، و رواه الشافعى و الترمذى و ابن ماجه، و صححه الحاكم و غيره فى ألفاظهم خصوصا المخالفين «أمسك أربعا و فارق سائرهن»

و هو أشهر فى كتب الفقه، قلت: و هو كذلك، و هو و إن كان بمعنى الاختيار إلا أنه لا يوجب البحث عن كيفيه الاختيار و عما يتحقق به مفهومه و غير ذلك مما أطلوا به فى هذا المقام الذى هو ليس أولى من غيره، بل لعل استقصاء البحث فيه فى بحث الخيار أولى من

ذلك، كما هو واضح.

و على كل حال ف هو يتحقق إما بالقول الدال على الإمساك صريحا كقوله: «اخترتك» أو «أمسكتك» أو ما أشبهه أو «اخترت نكاحك» أو «أمسكته» أو نحو ذلك من الألفاظ الداله عليه صريحا من أى لغة كانت و عن بعض الشافعيه إن ما لم يذكر فيه لفظ النكاح كناية، و حكي عن الرافعي بل هو ظاهر الشهيد منافي المسالك، و ضعفه واضح، نعم من الكنايه ما يدل على فسخ من عدا المختارات، فإنه يلزمه حينئذ نكاح المختارات، و نحو قوله: «أريد كن» أو «لا اريد كن» و الأمر سهل بعد فرض استواء الجميع فى ترتيب الحكم، فان احتمال اعتبار صراحه اللفظ هنا كالعقود و الإيقاعات بناء على ذلك فيها بعيد و إن أمكن تقرير ما استدلوا به على ذلك هناك هنا، إلا أن الظاهر إمكان تحصيل الإجماع على خلافه هنا، و لعله لصدق إمساك الأربع بذلك كله، بل ستعرف ثبوته، بالفعل فضلا عن القول، بل إن لم يكن إجماعا أمكن دعوى ترتب الحكم عليه بالمعنى النفسانى الإنشائى و إن لم يذكر ما يدل عليه من قول أو فعل، على حسب ما احتمل فى تحقق الرضا فيما اعتبر به فيه بذلك، و

قوله عليه السلام (١): «انما يحلل الكلام و يحرم الكلام»

إنما يراد به فى العقود و الإيقاعات المعهودة، دون ما كان من توابع العقود مثلا، كالرضا و الخيار و الاختيار و نحو ذلك و لو رتب الاختيار ثبت عقد الأربع الأول و اندفع عقد البواقي لاستيفائه العدد بما سبق من اختياره كما هو المفروض، و لو حصر اختياره فى ستة مثلا أو خمسة اندفع عقد غيرهن، و كان بمنزله ما اختار فراق إحداهن مثلا و لو قال لما زاد على الأربع: «اخترت فراقكن» اندفعن و ثبت نكاح البواقي و إن لم يحصل منه إنشاء بقاء نكاحهن، ضروره عدم الملازمه بين اختيار فراق ما زاد و بين ذلك، إلا أن العقد الأول بعد فسخ الزائد مقتضى تام فى بقاء نكاحهن، و منه يعلم عدم توقف بقاءه على أنشأ الاختيار النفسانى، فلا حاجه إلى تكلف دلاله ذلك عليه بالكنايه

كى يناقش بفرض الغفله و نحوها، بل و بعدم الملازمه بين القصدين، فان اختيار فراق ما زاد على الأربع يلزمه بقاء الأربع لا قصد بقاء الأربع الذى هو معنى الاختيار كما هو واضح، و لو قصد بالفراق الكنايه عن الطلاق و قلنا إن الكنايه، عنه مثله فى الدلاله على النكاح كما ستعرفه ثبت عقد المراد طلاقهن، و لن يقع بهن طلاق، و انتفى نكاح غيرهن، فينعكس الحكم حينئذ، و إن لم نقل بذلك لم يكن ثم اختيار.

و لو قال لواحد مثلاً «طلقتك» صح نكاحها و طلقت، و كانت من الأربع، و لو طلق أربعاً اندفع البواقي بالشرع و ثبت نكاح المطلقات ثم طلقن بالطلاق، لأنه لا يواجه به إلا الزوج، إذ موضوعه إزاله قيد النكاح فهو حينئذ جزء مفهومه، و لازمه لزوماً بينا، فإثباته يستلزم إثباته، خلافاً لما عن بعض من عدم كونه معيناً للنكاح فى وجهه، ل

قوله صلى الله عليه و آله و سلم لفيروز الديلمى (١) و قد أسلم على أختين: «طلق أيتهما شئت»

فلو كان الطلاق تعييناً للنكاح لكان ذلك تعييناً لنكاحهما عليه، و فيه أن المراد من الطلاق فيه الفراق مجازاً.

نعم قد يناقش ذلك بأن وقوع الطلاق صحيحاً يستلزم ثبوت النكاح، لأن (٢) قصد الطلاق يستلزم قصد اختيار النكاح، ضروره إمكان قصد معنى الطلاق فى الأجنبية و إن لم يقع صحيحاً، فدعوى لزوم قصد الطلاق لقصد النكاح على وجه يتحقق به إنشاء الاختيار محل منع، و من ذلك يعلم أنه لو طلق جاهلاً بعدم حاجه فراقهن إلى طلاق فأوقعه بقصد إرادته المفارقة لهن و بقاء نكاح غيرهن كان فى الحقيقة دالاً على اختيار ما عداهن، اللهم إلا أن يقال فى الفرض: إنه لما أنشأ طلاقهن، دل ذلك على أنه قد اختار نكاحهن ثم أنشأ طلاقهن باعتبار معلوميه عدم طلاق غير الزوجه، فيحكم عليه بحسب ما وقع منه من الطلاق المحمول على الوجه الصحيح المتوقف صحته على كونه قد

١-١ سنن البيهقى ج ٧ ص ١٨٤.

٢-٢ هكذا فى النسخه الأصلية المبيضة، و الصحيح «لا أن قصد الطلاق يستلزم». كما هو كذلك فى المسوده التى هى بخط المصنف طاب ثراه.

اختار نكاحهن، إلا أنه هو- مع كونه غير ما سمعته من تقرير الدلالة- قد يناقش فيه بإمكان منع الظهور هنا، لإمكان الاشتباه فيه بالاكْتفاء فيه بعلاقه الزوجيه، فلا ظهور حينئذ على كونه اختار قصد النكاح ثم قصد الطلاق.

مضافا إلى إمكان منع تحقق الاختيار بمجرد الإنشاء باطنا من دون دلالة عليه و لو فعلا كما أوأنا إليه سابقا و فى الفضولى و إن كان الأقوى خلافه، و إلى عدم اختصاص الدعوى بالطلاق الصحيح، بل ظاهرهم ثبوت الاختيار به و إن كان الطلاق فاسدا بعدم الشاهدين أو الصيغه أو غير ذلك، بل ظاهر بعض و صريح آخر ثبوته به و إن وقع معلقا، فإنه و إن لم يقع طلاق لكنه على كلامهم دال بالكنايه على الاختيار، و ليس تعليقه تعليق له، بل لعل قول المصنف: «و لو قال لواحد» إلى آخره من ذلك أيضا بناء على عدم وقوع الطلاق بهذا اللفظ، فتأمل جيدا.

و ربما ألحق الفسخ بالعيب بالطلاق فى الدلالة على الاختيار على الوجه الذى عرفت نعم الظهار و الإيلاء ليس لهما دلالة على الاختيار كما صرح به غير واحد من العامه و الخاصه لأنه قد يواجه به غير الزوجه بل لعل الأجنبيه أليق بهما من الزوجه، و إن كان لكل منهما أحكام مخصوصه لو خوطب بهما الزوج (١) إلا- أن ذلك لا يقضى بالاختيار، و به فرقوا بينهما و بين الطلاق الذى جزء مفهومه النكاح أو لازمه لزوما بينا.

لكن قد يشكل ذلك بما سمعته سابقا من أن مفهومه إزاله قيد النكاح لا اختياره، بل لا تلازم بين معنى اللفظ فى نفسه و بين وقوعه، فالطلاق لو وقع بالأجنبيه كان له معنى، لكنه لا يؤثر أثرا، فوقع النكاح حينئذ شرط تأثيره لا أن أصل المعنى موقوف على حصول النكاح، و بأنه كما لا- يتحقق معنى الطلاق خارجا إلا فى الزوجه كذلك الظهار و الإيلاء أيضا و إن كانا لو وقعا بالأجنبيه كان

١- ١ هكذا فى النسخه الأصلية المبيضة، و الصحيح «الزوجه» كما هو كذلك فى المسوده التى هى بخط المصنف طاب ثراه.

لهما معنى صحيح، بل لو حلف على ترك وطء (١) الأجنبية فتزوجها ووطأها كان عليه الكفاره، لكن ذلك كله لا يسمىظهارا ولا إيلاء.

و منه لم يفرق الشيخ فيما حكى عن مبسوطه بين الجميع فى كونهن اختيارا و إن كان غير خفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه، و أن جعل الجميع ليس اختيارا إلا بالقرائن أولى و حينئذ فإن اختار التى ظاهرها أو آلى عليها صحا، و كان ابتداء مده الإيلاء من وقت الاختيار، و كان فى الظهار عائدا إن لم يفارقها فى الحال من غير خلاف يعرف فيه منهم، لكن قد يشكك بأنه بالاختيار انكشف سبق الزوجيه فيكونان حينئذ قد بان أنهما وقعا على الزوجه من أول صدورهما، و منه يعلم حينئذ أنه لو طلق و قلنا إنه ليس اختيارا أو نصب قرينه على ذلك أمكن دعوى ظهور وقوعه و صحته بالاختيار الواقع بعده الكاشف عن الزوجيه حال وقوع الطلاق، و ليس ذا من التعليق فى شىء، بل هو كطلاق الامراه المعقوده فضولا. قبل تحقق إجازتها بناء على أن الإجازة للكشف خاصه و لا- تأثير لها فى النكاح، و دعوى أن الاختيار ارتجاع لا استدامه و الطلاق لا يقع إلا بالزوجه واضحه المنع.

و لو قذف واحده و اختار غيرها وجب الحد، و سقط بالبينه خاصه دون اللعان، لأنها بحكم أجنبيه و إن كان لها حكم الزوجه قبل الاختيار.

و لو طلق أو ظاهر أو آلى أو قذف بعد إسلامه حال كفرهن فان خرجت العده على كفرهن فلا- حكم للجميع حتى القذف بالنسبه إلى اللعان و بالنسبه إلى الحد، لأنهن كافرات، و إنما عليه التعزير فيه، و يسقط بالبينه، و إن أسلمن فيها فالأقرب وقوع الطلاق عليهن إن لم يزدن على النصاب أو لم يطلق إلا- النصاب فما دون، فان بقاء الزوجيه مراعى بالإسلام فى العده فكذا الطلاق، و لا- جهه لبطلانه، فإن الإسلام كاشف عن بقاء الزوجيه، و إن زدن و وقع الطلاق على النصاب أو ما دونه كان اختيارا عند من عرفت، و يحتمل العدم، لأنه حين

١- ١ فى النسخه الأصلية المبيضة و المسوده «بل لو حلف على وطء الأجنبية» و الصحيح ما أثبتناه.

طلق لم يكن له الاختيار، و إن اختار لم يصح، و الإسلام مشترك بين الجميع، نعم إن اختار المطلقات صح طلاقهن، فهو طلاق مراعى بالإسلام و الاختيار جميعا، و إن زدن على النصاب و طلق الكل كشف الإسلام عن صحته على النصاب و تتعين بالاختيار أو القرعه، و أما الظهار و الإيلاء فإن اختار من أوقع عليها ذلك صح و ترتب عليه أحكامه و إلا فلا، و أما القذف فإن اختار المقذوفه فعليه التعزير، لأنه قذفها كافر و يسقط باللعان أو البينه، و إن لم يخترها أسقطه بالبينه خاصة.

ثم على فرض كون الطلاق اختيارا فهل ينزل الكنايه عنه منزلته؟ إشكال أقربه عند الفاضل العدم، لأنها لا تفيد الطلاق، فلا تفيد الاختيار و إن قصد بما تلفظ به الطلاق، لكن فيه أن الاختيار لا ينحصر في لفظ، بل العبره فيه بما في النفس، فمع فرض أنا علمنا قصده الطلاق بذلك يكون اختيارا و إن لم يقع طلاق، لما عرفت من دلالة قصد معنى الطلاق عليه عندهم، و لذا يقع به عندهم و إن كان فاسدا، بل قد يقال بكونه اختيارا لو أوقع طلاقا مشروطا بالإسلام، كما لو قال:

«كلما أسلمت منكن واحده فهى طالق» بناء على تأثير الاختيار لو وقع حال الكفر، و لكن يراعى بالإسلام فى العده، و لو قال: «إن دخلت الدار - مثلا - فقد اخترتك للنكاح» مثلا لم يقع، لاشتراط التنجيز فيه كغيره من أسباب المعاملات، فان الدليل فيها جميعا متحد، و ليس ذا من قبيل تعليق الطلاق، كما لو قال:

«أنت طالق إن جاء زيد، أو إن طلعت الشمس، أو إن كانت الشمس طالعه» فإنه يمكن أن يكون اختيارا، لأنه ليس تعليقا له، بل للطلاق الذى قد عرفت دلالة قصده عندهم على الاختيار و إن لم يقع الطلاق بذلك، هذا كله فى الاختيار بالقول صريحا أو كنايه.

و إما بالفعل ف لا خلاف أجده عندهم فيما دل عليه صريحا، لأولويه اندراجه فى

قوله صلى الله عليه و آله (١): «أمسك أربعا و فارق سائرهن»

من القول، بل ظاهر المصنف

و غيره ذلك أيضا في مثل أن يطأها، إذ ظاهره الاختيار باعتبار دلالة على الرغبة فيها، و حمل فعله على الوجه الصحيح السالم عن الزنا، و لذا عد رجوعا في الطلاق و فسخا في خيار البائع. و حينئذ ف لو وطأ أربعا ثبت عقدهن و اندفع عقد البواقي لكن قد يشكل ذلك بعد عدم الدليل شرعا على كونه اختيارا، وإنما هو من حيث الدلالة بأنه لا بد من تقييده بالوطء المتذكر المتنبه، لا مطلق الوطء، و بما إذا لم يكن ثم قرينه تدل على عدم قصده الاختيار، بل قد يشكل أيضا مع ذلك فيما إذا ادعى عدم خطوط الاختيار في الذهن حال الوطء و عدم قصده، فان الحكم عليه بمجرد وقوع الوطء منه خصوصا بعد الدعوى منه لا يخلو من إشكال، خصوصا بعد إشكاله في التقبيل و اللمس بشهوه.

قال و لو قبل أو لمس بشهوه يمكن أن يقال: هو اختيار كما هو رجعه في حق المطلقة، و هو يشكل بما يتطرق اليه من الاحتمال، ضروره عدم ظهور الفرق بينهما بناء على كون المدرك في ذلك حمل فعل المسلم على الوجه الصحيح الذى هو مشترك بينهما، بل مقتضى ذلك عدم التقييد بشهوه، فإن مطلق التقبيل و اللمس محرم لغير الزوج، فمقتضى حمل فعل المسلم على الوجه الصحيح كونه اختيارا، لكن هو كما ترى، ضروره عدم اقتضاء صحه فعل المسلم بالحكم بوجود الشرط الذى عدمه مقتضى الأصل، حتى بالنسبه الى غير ذلك الموضوع الذى فعله المسلم، خصوصا بعد دعواه عدم القصد الذى هو أدرى به من غيره، و خصوصا مع عدم معارضة الزوجه بالإنكار، لعدم علمها أو لغيره، فالوجه التوقف فيه ما لم تقم قرينه على قصد الاختيار قبله بعد عدم الدليل شرعا على عدم كونه اختيارا فتأمل جيدا، و الله العالم.

و لو تزوج بأخت إحداهن قبل الفسخ أو الاختيار لم يصح، لبقاء علقه الزوجيه، و هل يكون اختيار الفسخ عقد أختها إذا كان تحته أكثر من النصاب سواء كان دواما أو متعه؟ إشكال من التنافى، و اختيار أحد المتنافيين يدل على كراهه الآخر و إن كان فاسدا، و من أن التنافى إنما يكون إذا صح و ليس كما عرفت، و العموم إذ ربما غفل أو جهل، قلت: يتجه كونه اختيارا بناء على ما ذكره من

حمل فعل المسلم على الوجه الصحيح، كما أنه يتجه حينئذ الحكم بصحة عقد الأخت و فسخ عقد السابقه مع فرض عدم العلم بحاله، فيكون من الفعل الدال كناية، نعم فيه ما قدمناه سابقا من الاشكال، و لو قال: «حصرت المختارات فى ست» مثلا و عينهن انحصرن فيهن، فتعتد الباقيات حينئذ، لدلالته على فسخ نكاحهن، و لو لحقه أربع و تخلف أربع فعين الأوائل للنكاح صح، لإطلاق الأدله، و لو عينهن للفسخ فى القواعد لم يصح إن كان الأواخر و ثنيات و إلا صح، و كان وجهه إمكان أن لا يسلمن، فيتعين الأوائل للزوجيه بخلاف الكتابيات، فان اختيارهن غير موقوف على إسلامهن، و لو عين المتخلفات للفسخ فلا إشكال، لكن فيه أنه يمكن أن يقال بالصحة فى الأول على وجه المراعاة، فإن أسلمن الأواخر علم أن الفسخ فى محله و إلا كان باطلا، فيكون حينئذ شرط الفسخ تجويز إمكان بقاء الزوجيه لا العلم بإمكان بقائها، لا طلاق الأدله الذى لا يعارضه أصل عدم الانفساخ و عدم تعيين البواقي للزوجيه، فتأمل جيدا.

و كيف كان فيجب الفور فى الاختيار على وجه لا يستلزم الضرر و التعطيل على الأزواج، فإن امتنع مع ذلك ألزمه الحاكم به، فإن أصر على الامتناع قيل إنه يعزر حتى يختار، و لا يختار عنه الحاكم، لأنه منوط بالشهوه، قلت: يمكن دعوى تولى الحاكم مع ذلك، لعموم ولايته على مثله، و منه يعلم تولى ولايه ولى المجنون له، بل و الصغير للعموم، لكن فى القواعد «و لو أسلم الكافر يعد أن زوج ابنه الصغير بعشر تبعه ابنه فى الإسلام، فإن أسلمن مع الأب اختار بعد البلوغ، و يمنع أى و هو صغير من الاستمتاع بهن، و تجب النفقه عليهن، و لو أسلم المجنون فى التبعية إشكال، فإن قلنا به تخير الأب أو الحاكم» بل عن معطى كلام التذكرة الإيقاف فيه أيضا إلى البرء، لأن الاختيار بالتشهى، و فيه أن إطلاق الولايه يشمل ذلك، خصوصا مع قاعده نفى الضرر، و القياس على الطلاق غير جائز عندنا، فيقوى حينئذ وقوعه عن الولي فضلا عن الوكيل، و لعل فى ذلك كفايه عما يتصور من الفروع فى المقام، خصوصا بعد ملاحظه النظائر فى الخيارات و نحوها، فلا حظ و تأمل، و الله

[المقصد الثالث فى مسائل مترتبه على اختلاف الدين]

[المسأله الأولى إذا تزوج الكافر امرأه و بنتها ثم أسلم بعد الدخول بهما حرمتا]

المقصد الثالث فى مسائل مترتبه على اختلاف الدين:

[المسأله الأولى إذا تزوج الكافر امرأه و بنتها ثم أسلم بعد الدخول بهما حرمتا]

الأولى إذا تزوج الكافر امرأه و بنتها دفعه أو ترتبها ثم أسلم بعد الدخول بهما و كن كتابيتين مثلا حرمتا أبدا عليه، لصدق «أمهات نسائكم» (١) و صدق «ربائبكم اللاتي فى حُجُوركم من نسائكم اللاتي دخلتُم بهنَّ» (٢) و كذا لو كان قد دخل بالأُم وحدها، لذلك أيضا، بخلاف ما لو دخل بالبنت وحدها، فإنه يثبت نكاحه لها، و تختص الأم بالحرمة أبدا بأمهات النساء، و الوجه فى ذلك كله ما عرفت من أن الكفار مخاطبون بالفروع عندنا، إلا أنه يحكم بصحة ما فى أيديهم من النكاح و غيره، بمعنى ترتب الآثار عليه و إن كان فاسدا عندنا، بل يقرون عليه بعد الإسلام ما لم يكن المفسد مستمرا، فإنه لا يقر عليه حينئذ بعد الإسلام، ضروره كونه كالمسلم الذى يعرض لنكاحه الصحيح ذلك، فيفسد به، فإن استدامه صحه نكاح الكافر المقر عليها لا تزيد على استدامه نكاح المسلم الصحيح، و من ذلك ما نحن فيه، فإنه لا ريب فى بطلان نكاح المسلم بعروض صدق أمهات النساء و الربيبه المدخول بأمهات بالرضاع مثلا فاستدامه نكاح الكافر كذلك، و كذا يبطل نكاح الأم خاصه لو فرض عروض الاندراج فى أمهات النساء دون الربيبه التى لم يدخل بأمها، كما لو أرضعت زوجته

١- ١ سورة النساء: ٤ الآية ٢٣.

٢- ٢ سورة النساء: ٤ الآية ٢٣.

الكبيره التى لم يدخل بها زوجته الصغيره فإنها تحرم الكبيره دون الصغيره ٧ فكذلك الكافر الذى أسلم، فإنه بإسلامه يكون قد عرض لنكاحه المقر عليه صدق الاندراج الإسلام بعد فرض كونه مفسدا فى الابتداء و فى الاستدامه.

و من ذلك يعلم الوجه فى قول المصنف و غيره هنا أما لو لم يكن الكافر دخل بواحد منهما أى الأم و البنت و أسلم بطل عقد الام و حرمت عليه أبدا بأمهات النساء دون البنت فإنه يثبت عقدها، لأنها ربيبه لم يدخل بأمها، فهو حينئذ كالمسلم الذى أرضعت زوجته الكبيره الصغيره قبل الدخول و حينئذ ف لا اختيار له، ضروره تعيين المحلله له و هى البنت خاصه.

لكن قال الشيخ: له التخيير فإن المحكى عنه فى الخلاف «إذا جمع بين العقد على الام و البنت فى حال الشرك بلفظ واحد ثم أسلم كان له إمساك أيتها شاء و يفارق الأخرى» و فى المبسوط «إن لم يدخل بهما قيل: يتخير فى إمساك أيتها شاء، و قيل: يثبت نكاح البنت، و يقوى فى نفسى الأول» و فى المختلف «احتج الشيخ بأن المشرك إذا جمع بين من لا يجوز له الجمع بينهما فى نكاح فإنما يحكم بصحة نكاح من ينضم الاختيار الى عقدها ألا ترى أنه إذا عقد على عشر دفعه واحده و أسلم اختار منهن أربعاً، فإذا فعل حكمنا بأن نكاح الأربع وقع صحيحاً، و نكاح البواقي وقع باطلاً، بدليل أن نكاح البواقي يزول، و لا يجب عليه نصف المهر إذا كان قبل الدخول، فإذا كان كذلك فمتى اختار إحداها حكمنا بأنه هو الصحيح و الآخر باطل، و لأنه إذا جمع بين من لا يجوز الجمع بينهما و اختار فى حال الإسلام لكان اختياره بمنزله ابتداء عقد، بدليل أنه لا يجوز أن يختار إلا من يجوز له أن يستأنف نكاحها حين الاختيار، و إذا كان الاختيار كابتداء العقد كان كأنه الآن تزوج بها وحدها، فوجب أن يكون له اختيار كل واحد منهما» ثم أجاب عنه فى المختلف «بأن الذى ذكره إنما يتم فى صورته

الاختيار في حال الإسلام، و هنا لا يمكن الاختيار في حال الإسلام، فإن الام حرمت بمجرد العقد على البنت».

و هذا الجواب منه - ره - مبني على ما استدل به للمطلوب من أن المقتضى للتحريم موجود، و المانع لا يصلح للمانع، أما وجود المقتضى فلأدله المانع من الجمع بين الام و البنت من الكتاب (١) و السنه (٢) المتواتره و الإجماع، و أما عدم صلاحية المانع فلما تقرر في الأصول من أن الكفار مخاطبون بالفروع، و فيه أن هذه المسأله غير مبنيه على ذلك، و إلا كان المتجه ما ذكره الشيخ من عدم حرمه إحداهما عليه، ضروره أن المسلم لو عقد على الام و البنت دفعه لم تحرم إحداهما عليه، بل له استئناف العقد على كل منهما، فكذلك الكافر بناء على الشركه، بل لو عقد على الأم أولاً ثم عقد على البنت بعد ذلك لم تحرم بذلك الأم، الى غير ذلك من الأحكام التي تترتب على قاعده الاشتراك المنافيه لإطلاق الأصحاب هنا بل و لصريحه، فالأولى الاستدلال بما عرفت.

و منه يعلم أن الأول أشبه لا ما ذكره الشيخ الذي يأتي مثله في مسأله الدخول، ضروره كونه حينئذ بمنزله عدمه قبل الاختيار الذي هو ابتداء نكاح، فإن

«الإسلام يجب ما قبله» (٣)

و فيه أنه لا يمنع صدق الاندراج في عنوان المحرم.

نعم قد يقال: إن الحكم فيما لو أسلم عن أمه و بنتها مبني على قاعده الاشتراك ف يقال حينئذ إن كان وطأهما حرمتا عليه أبدا و إن كان وطأ إحداهما حرمت الأخرى خاصه أبدا و إن لم يكن وطأ واحده منهما تخير

١- ١ سورة النساء: ٤- الآيه ٢٣.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٨ و ١٩- من أبواب ما يحرم بالمصاهره.

٣- ٣ المستدرک الباب- ١٥- من أبواب أحكام شهر رمضان الحديث ٢ و الخصائص الكبرى ج ١ ص ٢٤٩ و كنز العمال ج ١ ص ١٧- الرقم ٢٤٣ و الجامع الصغير- ج ١ ص ١٢٣.

كالمسلم فى ذلك كله فى الصورة الأولى، بناء على أن وطء الشبهه يحرم السابقه أيضا، اللهم إلا أن يقال بالحرمة هنا و إن لم نقل به فى وطء الشبهه، فيختص الكافر حينئذ بذلك، و ينزل حينئذ وطؤه لكل منهما منزله عقده على كل منهما و دخوله المحكوم بصحته فى حال الكفر، فيترتب حينئذ عليه بعد الإسلام ما يترتب على الصحيح، فيفيد الحرمة على كل منهما أبدا.

و لو أسلم عن أختين تزوجهما دفعه أو مرتبا تخير أيتهما شاء و لو كان قد وطأهما بعين ما عرفته سابقا، فهو حينئذ كالمسلم الذى ارتضعت زوجته الصغيره من لبن أم الكبيره، فإنه يتخير واحده منهما، نعم يفرق بينهما بالاحتياج الى عقد مستأنف فى وجهه فى المسلم بخلاف الكافر.

و كذا يتخير لو كان أسلم و عنده امرأه و عمتها أو خالتها و لم تجز العمه و لا الخاله الجمع لأنه بعد الحكم باستمرار صحه عقده المقر عليه- من غير فرق بين سبق العمه و تأخرها و المقارنه- يكون حينئذ بعد الإسلام بمنزله مسلم قد عقد على العمه و بنت أخيها دفعه من غير رضا العمه، فيتخير إحداهما بعقد مستأنف أو بدونه على الوجهين، كالاختين أو كمسلم عرض ذلك لنكاحه برضاع مثلا- أما لو رضيتا أى العمه و الخاله صح الجمع بلا إشكال، بل الظاهر كفايه رضا هما فى حال الكفر، لإطلاق الأدله، فاحتمال أنه بعد الإسلام كابتداء نكاح لا بد له من رضا مستأنف مدفوع بها.

و كذا لو أسلم عن حره و أمه زوجتين يصح الجمع مع فرض رضا الحره و لو حال الكفر، و إلا انفسخ عقد الأمه، لأنه يكون بعد إسلامه بمنزله عقد المسلم عليهما دفعه الذى قد سمعت أن الحكم فيه انفساخ عقد الأمه مع عدم رضا الحره نصا (١)

و فتوى أو بمنزله عروض ذلك للمسلم بعد نكاحه، بأن أسرت إحدى زوجتيه فصارت أمه.

و من ذلك يعلم أن الحكم فى الحره و الأمه غيره فى العمه و الخاله و إن اشتركا

فى صحه الجمع مع الرضا، مع أنه قد يشكل إن لم يكن إجماعاً بأن المتجه الانفساخ فى الأمه و إن رضيت الحره، بناء على عدم جواز نكاحها مع التمکن من الحره كما جزم به العامه، اللهم إلا أن يفرق بين الابتداء و الاستدامه، كما لو أسلم زوج الكتاييه، فإنه يقر عليه حتى على القول بعدم جواز نكاحها غبطه ابتداء، لكن لا يخفى عليك احتياجه الى الدليل، و ليس إلا الإجماع إن ثبت، و الله العالم.

[المسأله الثانيه إذا أسلم المشرك و عنده حره و ثلاث إماء و ثنيات بالعقد فأسلمن معه تخير مع الحره اثنتين إذا رضيت الحره]

المسأله الثانيه إذا أسلم المشرك و عنده حره و ثلاث إماء و ثنيات بالعقد فأسلمن معه تخير مع الحره اثنتين إذا رضيت الحره لعدم جواز نكاح الأزيد منهما له. و كذا لو أسلم الحر و عنده أربع إماء بالعقد تخير منهن أمتين، و لو كن أربع حرائر ذميات مثلاً ثبت عقده عليهن، و كذا الحكم لو أسلمن قبل انقضاء العده يتخير أمتين من الأربع إن كن إماء، و يثبت عقده عليهن إن كن حرائر و ثنيات، لأن إسلامهن فى العده كإسلامهن معه.

و لو كن أكثر من أربع فأسلم بعضهن كان بالخيار بين اختيارهن و بين التربص، فان لحقن به أو بعضهن و لم يزدن عن أربع و اختارهن ثبت عقده عليهن، و إن زدن عن أربع تخير أربعاً، و لو اختار من سبق إسلامهن لم يكن له خيار فى الباقيات، و لو لحقن به قبل العده بلا خلاف فى شىء من ذلك و لا إشكال لإطلاق الأدله، و لو اختار الأربع من الكافرات حال كفرهن و اتفق لحوقهن به فى العده أمكن الاكتفاء به و ثبوت عقده حينئذ عليهن، و ليس هو من التعليق بعد انكشاف كونهن من محل الاختيار بإسلامهن فى العده، نعم لو علق اختياره على من سبق إسلامهن احتمال بطلانه للتعليق، أما لو اختار أربعاً مخصوصات منهن فاتفق

إسلامهن لحقه حكم الاختيار، و لا يخفى عليك أن ما ذكرنا من الإماء مبني على جواز نكاح الأمه للحر القادر على الحره و إلا لم يجز له اختيار الأمه و إن رضيت الحره، كما هو واضح.

[المسأله الثالثه لو أسلم العبد و عنده أربع حرائر وثنيات فأسلم معه اثنتان ثم أعتق و لحق به من بقى لم يزد على اختيار اثنتين]

المسأله الثالثه لو أسلم العبد و عنده أربع حرائر وثنيات فأسلم معه اثنتان فصاعدا ثم أعتق و لحق به من بقى لم يزد على اختيار اثنتين و إن كان لحقوقهن به فى العده لأنه كمال العدد المحلل له حال إسلامه الذى هو ابتداء جريان أحكام المسلمين عليه. و لو أسلمن جميعهن قبله ثم أعتق ثم أسلم أو أسلمن بعد عتقه و إسلامه فى العده ثبت نكاحه عليهن بلا إشكال فى الصوره الاولى لا تصافه بالحرية المبيحه للأربع قبل إسلامه، و سبق إسلامهن بعد أن كان زمان العده لهن مراعى فيه حال الزوج غير مناف و إن انكشف حينئذ بإسلامه فيه حرا أنهن زوجات له من حين إسلامهن و إن كان عبدا فيه، لأن العبوديه حال الكفر المتعقبه للحرية و الإسلام لا تنافى نصاب الأربع، كما لا ينافى كفرة المتعقب للإسلام فى العده كونهن زوجات له حال إسلامهن المفروض كفرة فيه، و دعوى أنه بإسلامهن قبله تبين اثنتان منهن و تبقى اثنتان مراعى بإسلامه فى العده يدفعها منع ذلك، بل المتجه أن المراعاة زمان العده لحال إسلامه، فإن أسلم حرا لحقه حكم الحر المسلم، و إن كان عبدا لحقه حكم العبد المسلم، ضروره أنه إذا أعتق ثم أسلم قبلهن لحقه حكم الحر المسلم، و لا عبره بنكاحه الأربع حال كونه كافرا عبدا بعد أن أقر عليه، فكذا زمان العده الذى أمهله الشارع فيه و جعل الشارع إسلامه فيه مثل إسلامه معهن، فهو حينئذ حر قد أسلم هو و هن دفعه واحده، كما هو واضح.

نعم فى الفرق بين الصورة الاولى و الصورة الاخيره إشكال ضروره اشتراكهما فى مقتضى الأربع أو مقتضى الاثنتين، فلا وجه لقصر اختياره فى الأولى على اثنتين، و لبقاء نكاحه على الأربع فى الأخيره، بل لعل المتجه فيهما الاقتصار على اثنتين، لأنه عبد حال إسلامه الذى هو ابتداء جريان الأحكام عليه، و ليس الاختيار ابتداء نكاح، حتى تلحظ رقيته و حرته حاله، على أن إسلام الاثنتين فى الصورة الاولى لا يعين عليه الاختيار، لأن له انتظار الأخيرتين فى العده، فلو كان المدار على حاله عنده لاتجه حينئذ ثبوت نكاحه عليهن أجمع، مع فرض لحوق الاثنتين فى العده و بعد عتقه، ضروره كونه حرا حينئذ كالصوره المتأخره.

و من هنا يتجه أن يقال: إن الضابط فى بقاء نكاحه عليهن أجمع و اقتصاره على الاثنتين سبق حرته على إسلامه و تأخرها عنه، ففى الأول يثبت نكاحه عليهن، سواء أسلمن قبله أو بعده أو معه أو بعضهن قبله أو معه و بعضهن بعده لكونه حال جريان حكم الإسلام عليه حرا، و لا عبره بعبوديته حال الكفر الذى قد أقر على نكاحه فيه و إن كان فاسدا عندنا، و فى الثانى لا يزيد على اختيار اثنتين، لكونه حال إسلامه عبدا، فيثبت له حكم العبد المسلم، من غير فرق بين إسلام اثنتين معه و عدمه، لعدم مدخلية وجود محل الاختيار فى ذلك بعد أن لم يكن متعينا عليه.

و بذلك ظهر لك حكم سائر الصور التى ذكرها فى المسالك و غيرها، و أطالوا الكلام فيها، و لعل ما ذكرناه هو ظاهر الفاضل فى القواعد، حيث قال:

«و لو أسلم العبد عن أربع حرائر فصاعدا و ثنيات ثم أعتق و لحقن به فى العده تخيير اثنتين، فإذا اختارهما انفسخ نكاح البواقي و كان له العقد على اثنتين أخريين، و لو أعتق أولا ثم أسلم و لحقن به تخير أربعاً».

لكن فى كشف اللثام «هذا يشمل ما إذا تقدم العتق على إسلامهن أو تأخر أو توسط، و على الأول الأقوى وفاقا للمبسوط و التذكرة و التحرير ثبوت النكاح على الجميع، فان استقرار الاختيار من حين إسلامهن، و هو حينئذ حر، و على التوسط بأن أسلم ثم أسلمت اثنتان أو أسلمتا معه ثم أعتق ثم لحقت به الأخريان

فى العده ىحتمل ثبوت النكاح على الجميع من أنه لا- يتعين عليه اختيار من سبقت إلى الإسلام، لجواز التربص إلى إسلام الباقيتين، و إذا أسلمتا كان حراً، و العدم كما فى المبسوط من تحقق الاختيار من حين إسلام الأولتين و إن جاز له التربص إلى إسلام الأخيرتين، و هو حينئذ عبد، و قد تبع بذلك ثانى الشهيدين الذى قد جعل وجه الفرق بين الصورة الأولى و المتأخره وجود محل الاختيار حال العبوديه، فيتعين عليه اثنتان بخلافه فى المتأخره، و فيما لو أسلم معه واحده و غير ذلك مما لا يتحقق معه خطاب الاختيار، لعدم وجود موضوعه أو عدم كماله، بخلاف ما لو أسلم معه اثنتان أو ثلاث مثلاً، فان الاختيار قد يتحقق و إن كان له تأخيره إلى التمام، لكن تشخص أن اختياره اثنتين و إن أقر ذلك إلا- أنه لا- يتغير اختياره، لأن الفرض تحقق موضوعه، و هو عبد، فيكون له اختيار العبد و إن تعقت الحرية، و قد شبهوا ذلك بما إذا طلق العبد امرأته طلقته ثم أعتق، فإنه لا- يملك بالعتق طلقه ثالثه و لم يجر نكاحها إلا بمحلل، و لو طلقها طلقه ثم أعتق و نكحها أو راجعها ملك طلقته، و بما إذا كانت تحته حرة و أمه فقسم للحره ليلتين و للأمه ليله ثم أعتقت الأمه، فإن أعتقت بعد تمام ليلتها لم تستحق زياده، و إن أعتقت قبل تمامها كمل لها ليلتين - ثم قال:- و العبارة الجامعه لهذه المسائل أن يقال: الرقيه و الحرية إذا تبدل أحدهما بالآخر فإن بقى من العدد المعلق بكل واحد من الزائد و الطارى شىء أثر الطارى و كان الثابت على العدد المعلق به زائداً كان أم ناقصاً، و إن لم يبق منهما جميعاً لم يؤثر الطارى و لم يغير حكماً، ففى مسألتنا إذا أسلم معه حرتان ثم عتق لم يبق من العدد المعلق بالزائد شىء، فلم يثبت العدد المعلق بالطارى و إذا أسلمت معه واحده بقى من العدد المعلق بالزائد شىء، و من العدد المعلق بالطارى شىء، فأثر العتق و ثبت حكمه، و على هذا قياس باقى المسائل، و مما يتفرع على هذا الأصل ما لو طلق الذمى زوجته طلقته ثم التحق بدار الحرب ناقضاً للعهد فسبى و استرق و نكح تلك المرأه بإذن مالكة يملك عليها طلقه، لأنه بقى من عدد الزائد شىء، و لم يبق من عدد الطارى شىء، فلم يؤثر الطارى، و لو كان قد طلقها طلقه فإذا نكحها لا يملك عليها إلا طلقه، لأنه بقى من عدد الزائد طلقته و من عدد الطارى طلقه، و كان الثابت حكم الطارى، و هو الرق».

و لا يخفى عليك بعد الإحاطه بما ذكرنا ما فى جميع ذلك حتى الفرق بين المشبه و المشبه به، ضروره أن العبد إذا طلق طلقتين وقع الحكم بالتحريم المحتاج الى محلل، فحصول العتق بعده لا- يؤثر فى رفعه، و إذا مضى قرءان وقع الحكم ببراءه الذمه و بتحليلها للأزواج و كذا باقى النظائر بخلاف المقام، فإنه لا يصير مستوفيا لحقه بإسلام اثنتين معه، و إنما يصير متمكنا من الاستيفاء، و التمكين من الشىء لا يحل محل الشىء، و أما ما ذكره من العبارة الجامعه لم نعرف مدركه، بل هى محض دعوى بلا- دليل و المتجه ما عرفت من كون العبره بالعتق قبل إسلامه و بعده، ففي الأول يجرى عليه حكم المسلمين الأحرار، و فى الثانى يجرى عليه حكم المسلمين العبيد، لأن حال إسلامه هو حال جريان الأحكام عليه، و الاختيار و عدمه لا مدخل له فى ذلك، كما لا مدخل له فى صدق تناول الأدله التى هى حر أسلم عن أربع و عبد أسلم عن ذلك، كما هو واضح بأدنى تأمل، و الله العالم.

[المسأله الرابعه اختلاف الدين فسخ قطعاً لا طلاق]

المسأله الرابعه اختلاف الدين فسخ قطعاً لا طلاق فلا يلحقه حكمه إلا بدليل فان كان من المرأه قبل الدخول سقط به المهر الذى هو بمنزله العوض، فإذا انفسخ العقد الذى كان قد أوجبه قبل استيفاء المعوض رجع استحقاق العوض الى مالكه، سيما مع كون الفسخ من قبلها و إن كان بأمر واجب عليها، من غير فرق بين كونه عينا أو ديناً، تصرفت به أولاً و تقصيره بعدم إسلامه لا يرفع مقتضى قاعده الفسخ و ثبوته فى ذمته لو ماتت أو مات على القول به، لعدم ثبوت كون الموت فسخاً، و لذا جاز النظر و اللمس و التغسيل و نحو ذلك، و

فى صحيح ابن الحجاج (١) عن أبى الحسن عليه السلام «فى نصرانى تزوج نصرانيه فأسلمت قبل أن يدخل بها، قال:

قد انقطعت عصمتها منه، ولا مهر لها، ولا عده عليها منه».

و إن كان من الرجل فنصفه على قول مشهور تنزيلا له منزله الطلاق قبل الدخول، وفيه منع ما يدل على التنزيل على وجه يقتضى ذلك، و من هنا استوجه غير واحد من المتأخرين ثبوت الجميع عليه، بدعوى إيجاب العقد له أجمع، فيستصحب ثبوته بعد أن لم يكن الفسخ من قبلها، و تقصيرها بعدم الإسلام معه لا يرفع أصل استحقاقها الثابت لها بالعقد، و فيه أن قاعده الفسخ التي ذكرناها تقتضى رد كل عوض الى مالكة، فيتجه حينئذ سقوط الجميع عنه، خصوصا بعد أن كان سبب الفسخ ليس من تقصيره، بل من وجوب ذلك شرعا عليه، نعم قد يقال بثبوت النصف عليه، لكونه القدر المتفق عليه بين القولين، و لقوه إلحاقه به باعتبار كونهما معا فسخا للنكاح قبل الدخول، و إن كان الأخير كما ترى لا- يخرج عن القياس المحرم، اللهم إلا- أن يكون مستنده بعض النصوص (١)

الوارده في الارتداد المشبهه له بالطلاق.

و إن كان بعد الدخول منه أو منها فقد استقر المهر و لم يسقط بالعارض منه شيء، ضروره تماميه المعاوضه حينئذ و لو بالانتفاع بالبيع آنا ما، و الفرض تعذر رده، و إمكان رد مهر المثل مثلا ليس ردا له هنا شرعا، لكون المقطوع به نصا (٢)

و فتوى استقرار المهر بالدخول، و فى المسالك إنه محل وفاق.

و لو أسلما دفعه بأن تقارن آخر الشهادتين منهما فلا فسخ، و لو لم يعلم الحال و جهل التاريخ و أمكن الاقتران حكم به عند جماعه، و إن علم عدم الاقتران أو قلنا:

إن الأصل أيضا يقتضى عدمه فلا شيء لها عليه على ما قلناه، و لها الجميع أو النصف على القولين الآخرين، بل لو ادعت سبقه و ادعى سبقها كان القول قولها عليهما، فتأمل جيدا.

١- ١ الوسائل الباب- ٦- من أبواب موانع الإرث الحديث ٤ من كتاب المواريث.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٥٤- من أبواب المهور.

و كيف كان ف لو كان المهر فاسدا باختلال شرط من شروط صحته عندنا كالمعلومية مثلا- لا من حيث تحريمه في شرع الإسلام كالخمر و الخنزير الذي سيذكر حكمه و جب به مهر المثل مع الدخول كالمسلمه المساويه لها في الفروع و قبله لا شىء لها إن كان منها و نصفه إن كان أى الفسخ من الرجل على القول المشهور، و جميعه على القول الأخر، و لا شىء على ما عرفت، بل قد يشكل الأول بأنه مناف لقاعده إقرارهم على ما وقع منهم حال كفرهم، فمع فرض جواز ذلك في دينهم و قد حصل القبض فيه يتجه عدم رجوعها عليه بشىء.

و إن كان قد دخل بها و أمهرها شيئا مجهولا بل لو لم يسم لها مهرا و الحال هذه و دخل بها و كان في دينهم جواز ذلك لم يكن لها عليه شىء لما عرفت، لكنه خلاف المصرح به في كلامهم، بل قالوا لو لم يسم لها مهرا و لم يدخل بها و أسلم دونها كان لها المتعه كالمطلقة، و فيه تردد بل منع، لما عرفت من عدم كون الفسخ طلاقا و عدم ما يقتضى جريان أحكامه عليه، فيتجه حينئذ عدم شىء لها عليه، للأصل و غيره وفاقا لجماعه، بل قد عرفت أن المتجه ذلك مع الدخول فضلا عن عدمه لقاعده الإقرار، اللهم إلا أن يقال: إن استيفاء البضع من قبيل الأسباب التى تترتب عليها مسيبتها، فهو حينئذ كإتلاف كافر مالا من كافر مثلا على وجه لم يلتزم به في دينهم ثم أسلم و كان من دين الإسلام التزامه به، فإنه يجب عليه أداءه له، و قاعده الإقرار إنما هي بالنسبة إلى الصحة و الفساد في العقد مثلا لا في نحو ذلك، و ما نحن فيه منه فتأمل جيدا.

و لو دخل الذمى (١١) مثلا و أسلم و كان المهر خمرا (١٢) مثلا و قد أقبضه تماما إياها حال الكفر لم يكن لها شىء بلا خلاف و لا إشكال، لأن

«الإسلام يجب ما قبله» (١)

و (١٣) إن كان لم تقبضه (١٤) منه قيل: يسقط (١٥) لأنها قد رضيت به،

١-١ المستدرک الباب- ١٥- من أبواب أحكام شهر رمضان الحديث ٢ و الخصائص الكبرى ج ١ ص ٢٤٩ و كنز العمال ج ١ ص ١٧ الرقم ٢٤٣ و الجامع الصغير ج ١ ص ١٢٣.

فيدام حكم رضاها، و قد تعذر إقباضه بعد الإسلام بالنسبه إلى المستحق عليه، فسقطت المطالبه به و قيل: يجب به مهر المثل لأنها لم ترض إلا بالمهر، و الفرض امتناعه عليه بعد الإسلام، فيرجع الى مهر المثل، و

عن طلحه بن يزيد (١)

«سأل الصادق عليه السلام عن رجلين من أهل الذمه أو من أهل الحرب تزوج كل منهما امرأه و أمهرها خمرا أو خنازير ثم أسلما فقال: النكاح جائز حلال، و لا- يحرم من قبل الخمر و لا- من قبل الخنازير، قلت: فإن أسلما حرم عليه أن يدفع إليها الخمر و الخنازير، فقال: إذا أسلما حرم عليه أن يدفع إليها شيئا من ذلك، و لكن يعطيها صداقا.»

و قيل: يلزمه قيمته عند مستحليه، و هو أصح عند المصنف. لأنه أقرب شىء إليه، كما لو جرى العقد على عين و تعذر تسليمها، و لأن مهر المثل قد يزيد عن قيمه المسمى مع اعتراف الزوج بعدم استحقاقه، و قد ينقص مع اعتراف الزوج باستحقاقها الأزيد، و لوجوب قيمه الخمر لو أتلفها متلف على ذمى و ترافعا إلينا، و ل

خبر زراره (٢) قال للصادق عليه السلام «النصراني يتزوج النصرانيه على ثلاثين دنا خمرا و ثلاثين خنزيرا ثم أسلما بعد ذلك و لم يكن دخل بها، قال: ينظر كم قيمه الخمر و كم قيمه الخنزير فيرسل به إليها ثم يدخل عليها، و هما على نكاحهما الأول»

و لعله غير مناف للأول الذى يمكن إرادته ذلك من الصداق فيه لا مهر المثل، نعم قد يشكل بضعف الخبر، كما أنه قد يشكل سابقه بذلك أيضا و الأول أوفق بأصول المذهب، كأصل البراءه و قاعده جب الإسلام و غير ذلك، و من هنا يقوى حينئذ سقوط المهر.

و على كل حال فظاهرهم بل صريح البعض عدم الفرق فى ذلك كله بين أن يكون خمرا معينه أو كليه، لاشتراكهما فى تعذر الدفع، لكن قد يقال مع التعيين و إمكان قبض الزوجه إياها بنفسها يتوجه عدم مطالبته بمهر المثل أو قيمه، و إن كان قد قبضت بعضا و بقى بعض سقط عن الزوج بقدر المقبوض، و وجب بنسبه الباقي

١-١ الوسائل الباب-٣- من أبواب المهور الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب-٣- من أبواب المهور الحديث ٢.

الى المجموع عن مهر المثل أو قيمه، فإن كان المهر عشره أوزاق خمرا و قد قبضت خمسه فان تساوت الأوزاق قيمه عند مستحليها برأ من النصف قطعا فان النصف عدد أو قيمه و إن اختلف قيمه احتمل اعتبار العدد، إذ لا قيمه لها، فيكون قد قبضت النصف أيضا تساوت الأوزاق صغرا و كبرا أم اختلفت، و احتمل اعتبار الكيل أو الوزن، فإنها ليست من المعدودات وإنما يتحقق قبض النصف إذا اتحد الزق أو تساوت الأوزاق في السعه و الامتلاء، أو عينا الكيل في العقد فقبضت نصف ما عين، كما هو واضح، و الله العالم.

[المسألة الخامسة إذا ارتد المسلم بعد الدخول حرم عليه وطء زوجته المسلمه قطعا]

المسألة الخامسة إذا ارتد المسلم بعد الدخول حرم عليه وطء زوجته المسلمه قطعا، بل و غير المسلمه على ما عرفته سابقا، من غير فرق بين كونه عن مله و فطره، بل و بين ما قبل الدخول و بعده، و لكن خصه بالثاني ليرتب عليه ما بعده، ثم إن كان عن فطره بانت عنه مطلقا، فلو وطأها حينئذ بشبهه فعليه مهر آخر للشبهه إن كانت له ذمه و إن كان عن مله وقف انفساخ نكاحها منه على انقضاء العده فإن عاد إلى الإسلام فيها بان استمرار النكاح، و إلا بان انفساخه من أول الارتداد كما عرفته سابقا.

فلو وطأها حينئذ لشبهه و بقى على كفره الى انقضاء العده قال الشيخ: كان عليه مهرا: الأصلي بالعقد و آخر للوطء بالشبهه، و هو يشكل بأنها في حكم الزوجه إذا لم يكن عن فطره فلا يترتب على وطئه شىء، و لهذا لو رجع لم يفتقر الى عقد جديد، فليس الارتداد حينئذ إلا كالطلاق الرجعى الذى لا يوجب البينونه، و يدفع بأنه قد بان ببقائه على الكفر أنها قد بانت منه بأول ارتداده، و ليس فى شىء من الأدله ما يقتضى كونها بحكم الزوجه حتى بالنسبه الى

ذلك ما دامت العده و لو تشبيها بها أو فى حكم التشبيه كى تكون حينئذ كالمطلقه رجعيًا، و إثبات بعض اللوازم كالإرث و نحوه لا يقتضى ثبوت الجميع، و ما فى بعض النصوص (١)

من تشبيها بالمطلقه لا يقتضى إرادته الرجعيه، خصوصا بعد ما فى آخر (٢)

من أنها كالمطلقه ثلاثا فتأمل جيدا.

و على كل حال فالمراد بالشبهه فى المتن أنه وطأها غير عالمه و غير عالم بحرمه ذلك عليهما، و قد يحتمل كون المراد شبهه شرعا فلا يقدر حينئذ علمها بالتحريم.

ثم لا يخفى عليك جريان المزبور فى ارتداد الامراه أيضا، إذ هما من واد واحد، بل لا فرق فيها بين كون ارتدادها عن فطره أو مله، لما عرفت من عدم بينونها بالفطرى، لقبول توبتها، و الله العالم.

[المسأله السادسة إذا أسلم و عنده أربع وثنيات مدخولا بهن لم يكن له العقد على أخرى]

المسأله السادسة إذا أسلم و عنده أربع وثنيات غير مدخول بهن بن منه و إن كن مدخولا بهن لم يحكم بالبينونه منه حتى تنقضى العده و هن على كفرهن و حينئذ لم يكن له العقد على أخرى خامسه و لا على أخت أحدا هن أى زوجاته التى أسلم عنهن على وجه يدخل بها و يعاملها معاملة الزوجه حتى تنقضى العده مع بقائهن على الكفر لكونه منهيًا عن الخامسة و عن أخت الزوجه، و لا يتم امتثال ذلك إلا باجتناّب هذين، لاحتمال كونهما خامسه و أخت زوجه، و التمسك بأصالة عدم الإسلام فى العده لا يرفع باب المقدمه بعد أن كان الإسلام

١-١ الوسائل الباب-٦- من أبواب موانع الإرث الحديث ٤ من كتاب المواريث.

٢-٢ الوسائل الباب-٦- من أبواب موانع الإرث الحديث ٤ من كتاب المواريث بطريق الشيخ قده.

و عدمه كاشفا عن بقاء الزوجيه و عدمها لا شرطا مؤثرا، إذ هو حين إسلامه إما أن يكون ذا أربع أولا في الواقع، و ناكحا للأخت أو لا فالمعقود عليها حينئذ قبل انكشاف ذلك من مشتبه الموضوع لا يجوز الاقدام عليها، كالأمرأة المشتبهه حالها أنها أم أولا، و بذلك يعلم أن من عقد على امرأه فضولا لم يجر له أن ينكح أمها قبل الإجازة على وجه يتصرف بها، لاحتمال انكشاف أنها أم امرأه كما أوضحناه سابقا.

نعم له العقد على وجه يترتب عليه آثاره، فإذا بقين على الكفر انكشف تأثير العقد حينئذ، لانكشاف عدم المانع حينه، و دعوى مسلوبه هذه العبارة حينئذ و إن بان بعد ذلك مصادفتها للحكم بكونهن كالزوجات بالنسبه الى ذلك، نحو المطلقه رجعيا فإنه لا يجوز له العقد على أختها و إن استمر على عدم الرجوع بها حتى انقضت العده ممنوعه بعد حرمة القياس، ضروره عدم دليل يدل على أنهن بحكم الزوجات على وجه يشمل ذلك بخلاف المطلقه رجعيا، و مجرد انكشاف الزوجيه و عدمها بالإسلام في العده و عدمه لا- يقتضى ذلك، لكونه أعم منه فتأمل فإنه ربما دق، و حينئذ لا بأس بحمل نحو عبارته المتن على ما ذكرناه و إن كان هو خلاف ظاهر ثانى الشهيدين و الفاضل، حيث إنهما جعللا ذلك احتمالا بعد أن ذكر الأول ظاهر العبارة، لكن لا يخفى ما فيه.

و لو أسلمت الوثنيه فتزوج زوجها بأختها قبل إسلامه لجواز ذلك في دينه و انقضت العده لأختها و هو على كفره صح عقد الثانيه و استقر لظهور بينونه الأولى حينئذ منه بإسلامها، فيكون حينئذ عقد الثانيه لا معارض له، و كونه لو أسلم تكون الأولى زوجه له غير قاذح بعد جواز مثله في دينه، و ليس هو كالمتروج أخت الزوجه في عده الأخرى الرجعيه.

نعم لو أسلما معا قبل انقضاء عده الأولى تخير لأنه قد بان أن الأولى زوجه له، و الفرض أن الثانيه قد تزوجها في حال كفره الذى يقر عليه، فيكون كما لو تزوجها و هى أى الأولى كافره و أسلموا جميعا، و قد عرفت

أن الحكم فيه التخيير، بل هو كذلك أيضا لو أسلم هو في عده الأولى و أسلمت هي بعد انقضائها قبل انقضاء عدتها، للحكم بكونهما معا زوجتين له، لانكشاف كون الأولى زوجه من حين إسلامها بإسلامه في عدتها، وانكشاف كون الثانية زوجه له أيضا من أول إسلامه بإسلامها في عدتها، فيتجه التخيير، لا أنه يستقر عقد الأولى و تبين الثانية منه، كما عساه يوهمه ظاهر عبارته المتن، نعم لو أن إسلام الثانية قد كان بعد انقضاء عدتها اتجه ذلك، لا في الفرض الذي قد بان أنها زوجه له بإسلامها في عدتها، كما هو مقتضى إطلاق الأدلة و إن كان قد انقضت عده الأولى و هو واضح، و مثل هذا البحث يأتي فيما لو أسلم زوجاته الأربع المدخول بهن فتزوج خامسه دخل بها، ثم أسلم و تأخر إسلامها حتى انقضت عده الأربع ثم أسلمت في عدتها، و الله العالم.

[المسألة السابعة إذا أسلم الوثني ثم ارتد و انقضت عدتها على الكفر فقد بانت منه]

المسألة السابعة إذا أسلم الوثني على وثنيته بعد الدخول ثم ارتد و انقضت عدتها و هي باقية على الكفر من حين إسلامه فقد بان أنها بانت منه من أول إسلامه المقتضى لانفساخ النكاح في مثل ذلك و هو واضح، نعم لو أسلمت هي في العده بان عدم الانفساخ بالإسلام، و لكن انفسخ بالارتداد، و حينئذ فلا بد من ضرب عده لها من حين الارتداد فان رجع الى الإسلام في العده فهو أحق بها لانكشاف عدم فسوخ النكاح بالارتداد، لأن المسلم منه المستمر الى ما بعد انقضاء العده، لا ما إذا رجع فيها، و دعوى عدم انكشاف كونها زوجه بإسلامها و هو مرتد يدفعها إطلاق الأدلة القاضى بأنها زوجه له حال إسلامه، فحينئذ يكون الارتداد واردا على النكاح الصحيح، فينفسخ من حينه إن بقى مستمرا الى انقضاء العده و (١١) إلا تبين عدم الفسخ به، كما هو مقتضى إطلاق الأدلة السابقه، نعم

إن خرجت العده و هو كافر فلا سبيل له عليها و بان أنها بانته منه من حين رده، و كذا لو انعكس الفرض بأن أسلمت هي أولا ثم ارتدت، و على كل حال فليس له العود إليها، بذلك العقد حال رده، لأنها إن كانت مسلمة فلا يجوز نكاح المرتد لها، و إن كانت كافره فلفساد النكاح بين المرتد و الكافر كفساده بينه و بين المسلم، لأن علقه الإسلام باقيه عليه، و لذلك لا يقر عليه، بل يقتل إن كان فطريا و كان رجلا، و يستتاب إن كان مليا، فان لم يتب قتل إن كان رجلا، و إن كان امرأه حبست و ضربت و ضيق عليها في المأكل و المشرب، كما سمعت الكلام فيه سابقا، بل لو كانت هي مرتده مثله أيضا انفسخ النكاح بينهما كما عرفته فيما مضى، هذا كله بالنسبه إلى الرجوع إليها.

أما غيرها كما لو فرض أنه تزوج و هو مرتد بامرأه ثم عاد إلى الإسلام في عده الاولى لم يحكم بصحة نكاحه فإن أقصى الأدله البقاء على النكاح الأول بالرجوع، لا- أنه به ينكشف قابليته للنكاح المبتداء، و كذا لو أسلمت زوجته الكافر و فرض نكاحه لمسلمه بعدها ثم أسلم هو في العده، فإنه لا يصح نكاحه المسلمه و إن انكشف بإسلامه بقاء نكاحه السابق، لكن ذلك بالنسبه إليه خاصه، لا أنه ينكشف بذلك أنه يحكم المسلم بالنسبه الى ذلك حتى بالنسبه إلى النكاح المبتدأ فإنه لا دليل عليه، بل ظاهر ما دل على عدم جواز نكاح الكافر المسلم خلافه كما هو واضح، و الله العالم.

[المسأله الثامنه لو ماتت إحداهن مثلا بعد إسلامهن قبل الاختيار لم يبطل اختياره لها]

المسأله الثامنه لو ماتت إحداهن مثلا بعد إسلامهن قبل الاختيار لم يبطل اختياره لها للأصل فان اختارها ورث نصيبه منها، و كذا لو متن كلهن كان له الاختيار، فإذا اختار أربعا ورثهن لا يقال: إنهن حرمن عليه بإسلامه

قبل إسلامهن، فإذا أسلمن احتاج العود الى الحل الى سبب يوجهه، وقد خرجن عن أهليه ذلك و مجرد إسلامهن ليس سببا تاما في الحل، بل لا- بد فيه من الاختيار، فإذا متن قبل تمام السبب المبيح ينبغى البطلان، كما لو مات أحد المتعاقدين قبل تمام السبب المملك بالقبول أو القبض ل أنا نقول إن الاختيار ليس استثناء عقد حتى يبطل بالموت قبل تمامه و إنما هو تعيين لذات العقد الصحيح المتحقق في ضمن الجميع، فلا نقصان للسبب الموجب للإرث، فإنه الزوجيه، و هي متحققه في جملتهن، و المانع كان هو الكفر و قد زال، غايته زيادتهن على العدد المعتبر، و الأمر فيه إليه لا إليهن، و ليس الموت فاسخا للزوجيه، و لذا يجوز للزوج تغسيل زوجته و النظر إليها، كما أن الاختيار ليس مشروطا بالحياه و إن كان ظاهر

قوله صلى الله عليه و آله (١): «أمسك أربعا»

الحياه، لكنه ظهور مورد لا- شرط و حينئذ فيتجه التمسك بالاستصحاب فيما يتحقق فيه من أفراد ذلك، و يتم بعدم القول بالفصل.

نعم لو مات و متن معه قبل الاختيار قيل: يبطل الخيار بل لا أجد فيه خلافا بين من تعرض له من أصحابنا، لأصالة عدم ثبوته لغيره، خصوصا مع ابتائه على الشهوه المختصه به، فاحتمال قيام وارثه مقامه فيه قياسا على الخيار في المال مثلا و لا طلاق

قوله عليه السلام (٢): «ما كان للميت فهو لوارثه»

مدفوع بذلك.

و لكن الوجه عند المصنف استعمال القرعه، لأن فيهن وراثات للربع أو الثمن إن مات قبلهن و موروثات إن متن قبله، و وراثات و موروثات إن مات بعضهن قبله و بعضهن بعده، فلم يعلم المستحق أو المستحق عليه مع انحصاره في جملتهن،

١- ١ سنن البيهقي ج ٧ ص ١٨٢.

٢- ٢ لم نعثر على هذا اللفظ بعد التبع التام في مظانها و انما الموجود «من مات و ترك مالا- فلورثته» أو «فللوارث» كما في الوسائل الباب- ٣- من أبواب ولاء ضمان الجريره و الإمامه الحديث ٤ و ١٤ و مسند أحمد ج ٢ ص ٢٩٠ و ٤٥٣ و ٤٥٦ و ج ٣ ص ٢٩٦ و ٣٧١ و ج ٤ ص ١٣١.

فيستخرج بالقرعة التي هي لكل أمر مشكل، وربما أشكل ذلك بأنها لتعيين ما هو معين عند الله مشتبه عندنا في الظاهر، و هو هنا ليس كذلك، لأن التعيين موكول الى الزوج لا إلى الله تعالى و إن كان هو الذي يلهمه الاختيار، و لا يقال: إن الله تعالى يعلم من يختارها منهم لو اختار و إن لم يوجد منه اختيار، لأننا نقول: إن الله تعالى يعلم الأشياء على ما هي عليه فالمعين في نفسه يعلمه معيناً و إن اشتبه علينا، و المبهم في نفسه يعلمه مبهماً فلا يمكن تخصيص إحداهن بالميراث عندنا و لا عند الله.

و من هنا قيل: إن الوجه الإيقاف حتى يصطلح ورثتهن على التساوي أو التفاوت، لأن الحق منحصر فيهم، و فيهم من يستحق و من لا يستحق، و مال إليه في المسالك تبعاً للكركي، و قيل: يقسم ذلك بالسوية فيأخذ وارث كل واحد نصيبها، لأن البيان غير متوقع، مع اعتراف الجميع بالإشكال، و أنه لا مزية لإحداهن على الأخرى فاشتبه المال بين المدعين مثلاً.

و ربما أشكل بأنه إعطاء غير المستحق قطعاً بخلاف المال بين المدعين، فإن التشريك بينهما محتمل بخلاف المقام المعلوم فيه عدم الاشتراك، و يدفع بمنع اعتبار احتمال التشريك فيما ثبت فيه، لإطلاق دليله المبنى على أعمال كل من الدعويين و اليدين في غير محل التعارض و إبطالهما فيه، فليس إلا-الاشتراك بينهما بالنصف إن كانا اثنين، نعم ما نحن فيه ليس من ذلك، لاعتراف الجميع بأن المستحق أربع، و عدم الدعوى منهم بأربع لا غيرهن.

كما أنه قد يشكل سابقه بأن في الإيقاف حتى يصطلح الجميع تعطيلاً للحق عن أهله المطالبين به و مثاراً للنزاع الذي لم يعهد من الشارع إهماله، فيتعين القرعة حينئذ.

و يدفع ما سمعته من إشكالها (أولاً) بمنع اعتبار الاشتباه في موضوعها، لا طلاق أدلتها من الآية (١) و الرواية (٢).

و (ثانياً) بمنع عدم الاشتباه هنا، فإنه

١-١ سورة آل عمران: ٣- الآية ٤٤ و سورة الصافات: ٣٧- الآية ١٤١.

٢-٢ الوسائل الباب-١٣- من أبواب كيفية الحكم من كتاب القضاء.

بإسلامه و إسلامهن مثلا- بن منه أربع و بقين أربع في علم الله و لو باختياره المستقبل، إذ لا- معنى لقيام البيوننه و الزوجيه في موضوع مبهم في الواقع، بل هو غير متصور، نعم باختياره ينكشف أن هذه الأربع هي التي باقيه على الزوجيه من أول الأمر، لا أن الاختيار جزء سبب النكاح و لا سبب في الاقتران، و حينئذ تكون القرعه في محلها.

و يقوى في النظر التخيير للحاكم المعد لحسم ماده النزاع بين استعمال القرعه في حسمه و بين القسمه على السواء بينهم، و لا يتعين أحدهما، و ربما كان ذلك مراد المصنف بقريته ما تسمعه منه فيما يأتي فيما لو مات دونهن، حيث قال: «و الوجه القرعه أو التشريك» فتأمل جيدا، و الله العالم.

و لو مات الزوج خاصه قبل اختيار أربع من هن كان عليهن أجمع الاعتداد منه، لأن منهن من تلزمه العده بالوفاه و لما لم يحصل الامتياز ألزمن أجمع العده احتياطا فان لم يكن قد دخل بهن و كن ذميات أو قارن إسلامه إسلامهن فليس إلا عده الوفاه، و إن كان قد دخل بهن ألزمن العده بأبعد الأجلين، إذ كل واحده منهن تحتمل أن تكون هي الزوجه و أن لا- تكون هي الزوجه فالحامل تعتد بعده الوفاه و وضع الحمل و في بعض النسخ «تعتد بأبعد الأجلين من عده الوفاه و وضع الحمل» و على كل حال فالمراد واضح و إن كان التعبير الأول فيه تجوز، لأن عده الوفاه للحامل هي أبعد الأجلين، فإطلاقه عدتها على عده الوفاه من إطلاق اسم المجموع على بعض أفراده، و الأمر سهل.

و أما الحائل (١١) ف تعتد بأبعد الأجلين من عده الطلاق (١٢) ثلاثه أقراء أو ثلاثه أشهر و (١٣) عده الوفاه (١٤) أربعة أشهر و عشرا، و إنما اكتفى بالتداخل في العدين لأن المعتبر عده واحده، و التكليف بالزائد للاشتباه و كيف كان فابتداء عده الوفاه من حينها قطعاً، أما الأقراء فعن التذكرة «يحتمل الاعتبار من وقت إسلامهما إن اقترنا، و من حين إسلام من سبق إسلامه إن تعاقبا فيه، لأن

الأقراء إنما تجب لاحتمال مفارقه من انفسخ نكاحها، و الانفساخ يحصل من ذلك الوقت» و اعترضه فى جامع المقاصد بأن «لقائل أن يقول: إن الانفساخ إنما يحصل من حين المفارقه بالاختيار و لم يتحقق ذلك، فينبغى أن يكون ابتداء عدته من حين الوفاه، لامتناع التأخر عنه و انتفاء ما يدل على التقدم عليه، لأن إسلامهما أو إسلام الأسبق منهما لا يقتضى المفارقه قطعاً» و فيه أنه يمكن القول بأن الاختيار حيث يحصل يكشف عن الفرقه من حين الإسلام المقتضى لبيئونه ما زاد على النصاب، فتأمل.

ثم لا- يخفى عليك عدم الخلاف ظاهراً منهم فى وجوب العده على الجميع بنحو ما عرفت، لكن فيه أنه لا- يتم على تقدير استخراج الوارثات منهن بالقرعه القاضيه بكون الزوجات التى خرجن بها، فيتجه حينئذ عده الوفاه عليهن و الفراق على غيرهن، اللهم إلا- أن يقال: إنها بالنسبه إلى خصوص الإرث، و منه يعلم قوه ما ذكرناه سابقاً من أنها هنا طريق للحاكم فى حسم النزاع كالشريك، لا أنها معينه للموضوع الذى تجرى عليه جميع الأحكام، و الله العالم.

[المسأله التاسعه إذا أسلم و أسلمن لزمه نفقه الجميع حتى يختار أربعاً]

المسأله التاسعه لا خلاف أجده بين من تعرض لذلك فى أنه إذا أسلم و أسلمن معه و كن كتابيات لزمه نفقه الجميع حتى يختار أربعاً، فتسقط نفقه البواقي من حين الاختيار لا قبله لأنهن فيه فى حكم الزوجات و إن زدن على النصاب كالمطلقه رجعياً و كذا لو أسلمن أو بعضهن و هو على كفره، و حينئذ ف لو لم يدفع النفقه كان لهن المطالبه بها عن الحاضر و الماضى لأنها من الديون سواء أسلم أو بقى على الكفر و لا يقدح فى ذلك عدم تمكينه من الاستمتاع بعد أن كان المنع شرعياً بالكفر أو عدم الاختيار الحابس لهن، نعم قد يشكل ذلك بأنه بالإسلام

قد بانت منه زوجته الزائد، فالواجب عليه نفقه أربع توقف حتى يصطلحن عليها أو يقر عن عليها أو تقسم بالسويه بينهما، بل قد يتجه اختصاصها بمن يتعقبن الاختيار الكاشف عن كونهن زوجات من حين الإسلام و عن عدم زوجته غيرهن حينه أيضا، بل قد يشكل وجوب النفقه عليه لغير الزائد مع فرض استمرار الكفر الكاشف عن البينونة من حين الإسلام، و دعوى كونهن بحكم الزوجات قبل الانكشاف كالمطلقة رجعا يدفعها عدم الدليل على ذلك، و مجرد المشاركة للرجعية في بعض الأحكام لا يقتضى المساواة في الجميع الذى منه ما نحن فيه، خصوصا بعد معلوميه المخالفه لها في الإرث و غيره، كما أوأنا إليه سابقا، و دفع الأول بوجوب الإنفاق على الجميع و إن زدن على النصاب للمقدمه يدفعه معلوميه كون المراد الإنفاق من حيث الزوجيه الذى يكون مع عدم قدره عليه دينا في الذمه، و من المعلوم عدم اقتضاء خطاب المقدمه ذلك، كما هو واضح.

اللهم إلا أن يقال:

قال الصادق عليه السلام في خبر الحضرمي (١)

«إذا ارتد الرجل المسلم عن الإسلام بانت منه امرأته كما تبين المطلقة، و إن قتل أو مات قبل انقضاء العده فهى ترثه في العده، و لا يرثها إن ماتت و هو مرتد عن الإسلام»

و فيه دلالة على أنها بحكم المطلقة رجعا، و لذا ورثت، و فيه أنه لا تلازم بين هذا الحكم و غيره، و لذا صرح

في خبره الآخر (٢) بأنها «تبين منه كما تبين المطلقة ثلاثا و أنها ترثه لو مات في العده»

على أن الكلام هنا في الزائد على الأربع فتأمل جيدا، و الله العالم.

و كيف كان ف لا- تلزمه النفقه لو أسلم دونهن و كن و ثنيات لتحقق منع الاستمتاع منهن بعدم الإسلام الواجب عليهن، فهن حينئذ كالنواشز فتسقط النفقه حينئذ عنه و إن أسلمن بعد ذلك و بان به أنهن زوجات من حين إسلامه، بلا خلاف أجده فيه أيضا بين من تعرض له، لكن قد يخدش بأن

١- ١ الوسائل الباب- ٦- من أبواب موانع الإرث الحديث ٤ من كتاب المواريث.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٦- من أبواب موانع الإرث الحديث ٤ من كتاب المواريث بطريق الشيخ قده.

المقتضى للإنفاق تحقق الزوجيه، و الفرض أنها كذلك عندهم، و إنما المعلوم من إسقاطه عصيان الزوجه فيما يجب عليها من الخطاب من حيث الزوجيه، لا عصيانها بمخالفه الخطاب الآخر و إن استلزم ذلك عدم جواز وطئه إياها، فهو منع شرعى لا منع منها، و إلا فهى ممكنه له من الوطاء على هذا الحال، إلا أن الشارع لم يجوز له وطء الكافره. اللهم إلا أن يقال: إن الأصل براءة الذمه من النفقه، إنما المعلوم من وجوبها مع التمكن من وطئها على وجه يشمل المقام، بل يكفى فى السقوط الشك فى تحقق شرط الوجوب.

و لعل من ذلك يعلم الحكم فيما لو اختلف الزوجان فى السابق إلى الإسلام بعد اتفاهما على عدم الاقتران و ان المصنف و غيره بل نسبه ثانى الشهيدين إلى الأصحاب، ذكروا أن القول قول الزوج، استصحابا للبراءه الأصلية إذ لا ريب فى ابتناء ذلك على الشك فى تحقق شرط وجوب الإنفاق، بخلاف ما لو قلنا إن الزوجيه سببه، فالنفقه حينئذ ثابتة، و النزاع فى المسقط، و الأصل عدمه، فىكون القول قولها، كما عن قول الشافعيه و استوجهه فى المسالك، لكن فى كشف اللثام يدفعه أن النفقه ليست أمرا واحدا مستمرا من حين النكاح، و إنما تثبت يوما فيوما، و الأصل فى كل يوم عدمها إلى أن يثبت موجبها، و هو التمكين، و فيه أن بناء الوجوب كما عرفت على أن الزوجيه سبب الإنفاق، و هو مستمر فى كل يوم حتى يعلم تحقق المسقط، و هو كون المنع منها.

و لو ادعى السبق بالإسلام قبل الوطاء الموجب للبينونه بمجرد الاختلاف فى القواعد «إن القول قولها، لأن الأصل بقاء استحقاق المهر الذى قد وجب بالنكاح و إنما يسقط بالمسقط، و الأصل عدمه» و فيه إن الأصل عدم الوطاء.

و لو قالت: أسلمنا معا فالنكاح باق، و قال: بل أسلمت قبلى أو أسلمت قبلك و لم تكن مدخولا بها فى تقديم قوله أو قولها إشكال من تعارض الأصل و الظاهر، و لو قال للوثنيه: أسلمت بعد إسلامى بشهرين فلا نفقه لك على إلا فيما بعدهما، فقالت: بل بشهر أو قال: أسلمت بعد العده فلا نفقه و لا نكاح، فقالت: بل فيها

قدم قوله، لأصالة تأخر الحادث، و البراءة من النفقة، و لا يعارضهما أصالة صحه النكاح، فان الاختلاف فى الدين معلوم، و هو مما يرفع النكاح رفعا مراعى، فالأصل بطلان النكاح إلى أن يسلم فى العده، و الله العالم.

و لو مات الزوج قبل الاختيار دونهن ورثه أربع منهن و لكن لما لم يتعين قيل و جب إيقاف الصحه عليهن حتى يصطلحن بالتساوى أو التفاوت و الوجه عند المصنف هنا أيضا القرعه أو التشريك و فى المسالك «إن مراده الإشارة إلى وجهين فى المسأله لا- إلى التخيير» قلت: قد عرفت فيما مضى أن هذه المسأله و ما تقدم من واد واحد، ضروره جريان هذه الوجوه فى وارثهن، إذ لا- فرق بينهن و بينه بعد أن كان الاختيار لغيرهن و فرض عدمه، و منه يعلم أن مراد المصنف هناك بذكر القرعه على أنها أحد الفردين و حمل ما هنا منه على الإشارة إلى الوجهين ليس بأولى من حمله على إرادته التخيير للحاكم بعد عدم الصلح منهن فى حسم النزاع بين الأمرين الرافعين للترجيح بلا مرجح، كما عساه يومئى الى ذلك ما عرفته سابقا من عدم جريان حكم القرعه فى الاعتداد، و لو أنها لتشخيص الموضوع اتجه حينئذ إجراء أحكامه عليه، و احتمال أنها لتشخيصه بالنسبه إلى الإرث خاصه دون الاعتداد خلاف المعهود فيما يستخرج بالقرعه.

و كيف كان فلو كان فيهن وراثات و غير وراثات فلا- إيقاف لهن، بل لا يورثن إذا كن غير الوراثات أربعا فما فوقهن، كما لو كان معه أربع و ثنيات و أربع كتابيات فأسلم الوثنيات خاصه ثم مات قبل التعيين وفاقا للقواعد و المحكى عن المبسوط، لعدم العلم بأن له زوجه وارثه، لاحتمال أن يكون الزوجات منحصره فى غير الوراثات، خلافا للمحكى عن التذكرة، فاستقرب الإيقاف، لعدم العلم باستحقاق الورثه جميع التركة، لاحتمال زوجيه الوراثات منهن، كما يوقف الميراث إذا كان حمل، و الشكل فى أصل الاستحقاق لا يمنع الوقف، كما فى الحمل أيضا، فإن الاستحقاق أيضا مشكوك فيه، و ربما أشكل بأن الشك فى الحمل يرجى زواله بخلاف ذلك، و لو أسلم الكتابيه بعد الموت قبل القسمة فالأقرب إيقاف الحصه،

لعدم الفرق على الأصح في إرث الكافر إذا أسلم قبل القسمة بين الزوجه و غيرها، كما تسمعه في الميراث، و منه يعلم ما في قول المصنف و لو مات قبل إسلامهن لم يوقف شىء، لأن الكافر لا يرث المسلم مطلقا أو إذا كان زوجا، و إن الأصح قوله و يمكن أن يقال: ترث من أسلمت قبل القسمة.

[المسألة العاشرة إباق العبد طلاق امرأته]

المسألة العاشرة روى الشيخ و الصدوق عن ابن محبوب عن الحكم الأعمى و هشام بن سالم عن عمار الساباطى (١) عن أبى عبد الله عليه السلام (٤)

- قال: «سألته عن رجل أذن لعبدته في تزويج امرأه حره فتزوجها، ثم إن العبد أبق فجاءت امرأه العبد تطلب نفقتها من مولى العبد، فقال: ليس لها على مولاه نفقه، و قد بانت عصمتها، فإن إباق العبد طلاق امرأته هو بمنزله المرتد عن الإسلام، قلت: فان هو رجع الى مواليه ترجع إليه امرأته قال: إن كان قد انقضت عدتها منه ثم تزوجت بغيره فلا سبيل له عليها و إن كانت لم تتزوج-

و فى التهذيب و لم تنقض العده-

فهى امرأته على النكاح الأول»

و قد نقل المصنف مضمونها فقال إن إباق العبد طلاق امرأته و إنه بمنزله الارتداد، فان رجع و هى فى العده فهى المرأه بالنكاح الأول، و إن رجع بعد العده و قد تزوجت فلا سبيل له عليها و عمل بها الصدوق على ما حكى عنه، و الشيخ فى النهايه و ابن حمزه فى الوسيله، قال الأول: «إذا أذن الرجل لعبدته فى التزويج فتزوج ثم أبق لم يكن لها على مولاه نفقه، و قد بانت من الزوج، و عليها العده منه، فان رجع قبل خروجها من العده كان أملك برجعتها، و إن عاد بعد انقضاء عدتها لم يكن له عليها سبيل» و قال ابن حمزه: «و إذا تزوج عبد بأمه غير سيده و رضى سيدها ثم أبق العبد بعد الدخول بانت منه و لزمته العده، فإن رجع قبل انقضائها كان أملك بها، و إن رجع بعد انقضاء العده لم يكن له عليها سبيل، و لا يلزم سيده

١- ١ الوسائل الباب- ٧٣- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١ و الباب- ٣٥- من أبواب أقسام الطلاق الحديث ١ من كتاب الطلاق.

النفقه».

و لكن مع ذلك فى العمل بها تردد ليس مستنده ضعف السند إذ هو من الصحيح أو الموثق، و كل منهما عندنا حجه، بل لقصوره عن معارضه ما دل على بقاء النكاح من الأصل و عموم حصر ناسخه فى غيره، و شدوذ الخبر المزبور، ضروره قصر الحكم فى عبارته ابن حمزه على أمه غير السيد، مع أن مورد الروايه الحره، و اعتبار عدم التزويج فى روايه الفقيه فى البقاء على النكاح، و فى التهذيب ذلك مع عدم انقضاء العده، و اعتبار التزويج فى البيئونه عنه فى كل منهما، و لم يعتبر بشىء من ذلك الشيخ و ابن حمزه، على أنه ظاهر فى سقوط النفقه فى الارتداد، و هو مخالف لما سمعته سابقا، و مختص بالحره، و لم يستقص فيه تمام أحكام ذلك من رجوع العبد بنفسه، و إرجاعه، و إباق الأمه التى تزوجها الحر، و إباق العبد و الأمه، و غير ذلك من الأحكام الكثيره، و اتحاد الخبر المزبور فى الحكم المذكور، و بذلك كله يضعف الظن به، بل يختص الظن بغيره، و منه يعلم أن الأقوى عدم، و الله العالم.

[مسائل من لواحق العقد]

[المسأله الأولى الكفاه شرط فى النكاح]

مسائل من لواحق العقد و هى سبع:

[المسأله الأولى الكفاه شرط فى النكاح]

الأولى لا- خلاف فى أن الكفاه شرط فى النكاح بل الإجماع بقسميه عليه، و لكن هى بمعنى التساوى فى الإسلام فلا يجوز للمسلمه نكاح غير المسلم، و هل يشترط التساوى فى الايمان بالمعنى الأخص فلا يجوز نكاح المؤمنه غير المؤمن على نحو ما سمعته فى الإسلام؟ فيه روايتان أظهرهما الاكتفاء بالإسلام و إن تأكد استحباب الايمان، و هو فى طرف الزوجه أتم، لأن المرأه تأخذ من دين بعلها أما العكس فلا خلاف فى جوازه كما اعترف به فى كشف اللثام و غيره، نعم ربما حكى عن سلال

عدم جواز ذلك، و لم نتحققه إذ المحكى عنه أنه إنما منع من المعانده، و هى المناصبه التى ستعرف كفرها، بل لم يحك أحد هنا الخلاف فى ذلك عمن علم أن مذهبه كفر المخالفين و نجاستهم، كالمترضى و ابن إدريس و غيرهما، نعم حكى غير واحد هنا الشهره على عدم جواز نكاح المؤمنه المخالف، بل فى الرياض عن الخلاف و المبسوط و السرائر و سلار و الغنيه الإجماع عليه، و هو الحجه للمانع بعد النصوص المستفيضه.

ك

قوله صلى الله عليه و آله (١) حين أمر بتزويج الأكار من الأكفاء: «المؤمنون بعضهم أكفاء بعض»
و غيره.

(و منها) المشطره- الأمر بنكاحه المراد منه الإباحه- برضا دينه و أمانته (٢)

و فى بعضها خلقه و دينه (٣)

قيل: و ليس فى إدراج الخلق مع الدين فى بعضها قرينه على التدين بالنسبه إلى الدين بناء على اتحاد سياق العبارة مع الإجماع على عدم اعتباره، لتوقفه على كون المراد منه السجيه و الطبعه، و ليس بمتعين، لاستعماله فى المله كما عن أهل اللغه، فيحتمل إرادتها منه هنا، فلا قرينه بالمره.

(و منها)

الصحيح (٤)

«تزوجوا فى الشكاك و لا تزوجوهم، لأن المرأه تأخذ من أدب زوجها، و يقهرها على دينه».

(و منها) المرسل كالموثق، بل الموثق لا رساله عن غير واحد الملحق مثله عند جماعه بالمسند

عن أبان عن الفضيل بن يسار (٥) قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن نكاح الناصب، فقال: لا و الله ما يحل، قال فضيل: ثم سألته مره أخرى، فقلت: جعلت فداك ما تقول فى نكاحهم؟ قال: و المرأه عارفه، قلت: عارفه فقال:

١- ١ الوسائل الباب- ٢٣- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٨- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٣.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٨- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١١- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٢.

٥-٥ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٥.

إن العارفة لا توضع إلا عند العارف».

(و منها) المعتبر بوجود المجمع على تصحيح ما يصح عنه في سنده

(١)

«إن لامرأتى أختا عارفة على رأينا وليس على رأيها بالبصره إلا قليل فأزوجه ممن لا يرى رأيها، قال: لا ولا نعمه ولا كرامه، إن الله تعالى يقول (٢) فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ، لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ، وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ»

بل ربما استفيد من ذيله الاستدلال بالروايات المستفيضة بل المتواتره (٣)

المتضمنه كفرهم الذى إن أريد منه الحقيقه كانت دلالتة واضحه، و إلا كان المراد بالمشاركه فى الأحكام التى منها ما نحن فيه.

بل ربما استدل أيضا بالنصوص المتواتره (٤)

أيضا الداله على عدم جواز نكاح الناصب، بناء على أن المراد منه المخالف، ل

قول الصادق عليه السلام فى خبر المعلى ابن خنيس المروى عن العلل (٥)

«ليس الناصب من نصب لنا أهل البيت، لأنك لا تجد أحدا يقول: أنا أبغض محمدا و آل محمد، و لكن الناصب من نصب لكم و هو يعلم أنكم تتولونا و أنكم من شيعتنا»

و فى المرسل المروى عن الشيخ و الكلينى (٦) عنه

١-١ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٤.

٢-٢ سورة الممتحنه: ٦٠- الآيه ١٠.

٣-٣ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب حد المرتد الحديث ١٣ و ١٤ و ١٨ و ١٩ و ٢١ و ٢٣ و ٢٤ و ٢٥ و ٢٧ و ٢٨ و ٢٩ و ٣٨ و

٤٣ و ٤٤ و ٤٨ و ٤٩ من كتاب الحدود و الباب- ١٠- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١٥.

٤-٤ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٠.

٥-٥ الوسائل الباب- ٦٨- من أبواب القصاص فى النفس الحديث ٢ من كتاب القصاص، و هو يروى عن معانى الاخبار مع

اختلاف فى اللفظ، و هذا اللفظ بعينه مروى عن العلل فى خبر عبد الله بن سنان الذى رواه فى الوسائل بعد روايه معلى بن خنيس

و أشار إليه فى الوسائل أيضا فى الباب ٢- من أبواب ما يجب فيه الخمس الحديث ٣ من كتاب الخمس.

٦-٦ الوسائل الباب- ٢١- من أبواب الصدقه الحديث ٢ من كتاب الزكاه.

أيضا إنه قال: «الزبيدي هم النصاب»

و عن الكليني في الروضة (١) في جارين ناصب و زبيدي فقال عليه السلام: «هما سيان هذا نصب لك، و هذا الزبيدي نصب لنا»

و عن مستطرفات السرائر من مكاتبات محمد بن علي بن عيسى لمولانا الهادي عليه السلام (٢)

«سأله عن ناصب هل احتاج في امتحانه إلى أكثر من تقديم الجبت و الطاغوت و اعتقاد إمامتهما؟ فرجع الجواب: من كان على هذا فهو ناصب».

و لكن الجميع محل نظر أما الإجماع المحكى فلم نتحققه إذ ليس في المحكى عن المبسوط و الخلاف إلا قوله الكفاء معتبره في النكاح، و هي عندنا شيان: الايمان و إمكان القيام بالنفقة، و اليسار المراعى ما يمكنه القيام بمثونه المرأه و كفايتها لا أكثر من ذلك ثم إنه استدل في الثاني منهما على ذلك بإجماع الفرقه الى أن قال في الرد على من اعتبر فيها أكثر من ذلك: «و ما ذكرناه مجمع عليه» و في الغنيه «الكفاء تثبت عندنا بأمرين الأول الايمان و إمكان القيام بالنفقة بدليل الإجماع المشار إليه، و لأين ما ذكرناه مجمع على اعتباره، و ليس على اعتبار ما عداه دليل، و لكن البناء عندنا أن الكفاء المعتبره في النكاح أمران الايمان و اليسار بقدر ما يقوم بأمرها، و الإنفاق عليها، و لا يراعى ما عدا ذلك من الأنساب و الصنائع، و الأولى أن نقول: إن اليسار ليس بشرط في صحه العقد، و إنما للمرأه الخيار إذا لم يكن موسرا بنفقتها، و لا يكون العقد باطلا، بل الخيار إليها، و ليس كذلك خلاف الايمان الذي هو الكف إذا بان كافرا فان العقد باطل، و لا يكون للمرأه الخيار كما كان لها في اليسار» الى آخره، و قال المرتضى في مسائل الناصريه: «الذى يذهب إليه أصحابنا أن الكفاءه في الدين معتبره، لأنه لا خلاف في أنه لا يجوز أن تتزوج»

١-١ روضه الكافي ص ٢٣٥- الرقم ٣١٤ ط طهران.

٢-٢ الوسائل الباب-٢- من أبواب ما يجب فيه الخمس الحديث ١٤ من كتاب الخمس عن موسى بن محمد بن علي بن عيسى قال: «كتبت اليه». و لكن روى في الباب-٦٨- من أبواب القصاص في النفس الحديث ٤ من كتاب القصاص: «ان محمد بن علي بن عيسى كتب اليه».

المرأه المسلمه المؤمنه بالكفار» إلى آخره.

و الجميع كما ترى إنما يراد من الايمان فيها المرادف للإسلام، لا المعنى الأخص بقربينه استدلالهم على نفي الزيادة عن ذلك في مقابل الشافعى وغيره من العامه ممن اعتبر في الكفاءه أزيد من ذلك بكون المجمع عليه ذلك، و الأصل عدم الزيادة، و لا ريب في أن الايمان المعتر عند الجميع الإسلام، ضروره عدم معنى أخص للايمان عندهم، بل يؤيده أيضا تفریح بعضهم على ذلك عدم جواز تزويج المسلمه غير المسلم، و غير ذلك من القرائن التي لا يخفى على من لا حظ كلماتهم الداله على إرادته الإسلام من الايمان.

و منه يعلم عدم قائل صريح معتد به من القدماء بعدم جواز نكاح المؤمنه غير المؤمن، و لو من فرق الإماميه، كالواقفى و نحوه ممن جرى عليه حكم الإسلام في هذا الحال، على أن عباراتهم لا يخلو من تشويش بالنسبه إلى اعتبارهم في الكفاءه الايمان و التمكن من النفقه، مع معلوميه عدم اعتبار الثانى في صحه العقد، حتى لو رضيت الامراه بذلك كما ستعرف.

و كذا النصوص، ضروره كون الايمان في السابق مرادفا للإسلام، فإنه بالمعنى الأخص اصطلاح جديد، نعم ربما أطلق الإيما ن فيها (١) مقابل الإسلام باعتبار اراده التصديق القلبى و التسالم الظاهرى مع النفاق باطنا، و لكن المعروف مرادفته و كذا لفظ الدين الذى هو عند الله الإسلام (٢) بل

قوله صلى الله عليه و آله (٣): «إذا جاءكم»

الى آخره خطاب مشافهه، و من المعلوم أن من لا يرضى دينه في زمنه صلى الله عليه و آله من لم يكن مسلما، فلا يستفاد حينئذ منها بقاعده الاشتراك أزيد من ذلك، على أن ذكر الخلق معه مع معلوميه عدم اعتباره في الكفاءه قرينه على

١-١ الكافى ج ٢ ص ٢٥ الى ٢٨.

٢-٢ سورة آل عمران: ٣- الآيه ١٩.

٣-٣ الوسائل الباب- ٢٨- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ و ٢.

عدم إرادته بيان الكفاءة المعبر في الصحة، و دعوى إرادته الدين منه أيضا مخالفه للظاهر، على أنها لا تتم فيما اعتبر الامانه مع الدين منها.

و أما الصحيح فلم يعلم المراد من الشكاك فيه، و يمكن إرادته المستضعفين منهم، و حينئذ فالتعليل فيه يناسب الأمر فيه باعتبار صيرورته حينئذ سببا لنجاه الامراه لا النهي، فان المستضعف لا يخشى منه القهر على ما عنده، لعدم معرفته، و على كل حال فهو معارض بما تسمعه من النصوص، خصوصا ما ورد في المستضعف (١).

فلا بأس بحمل النهي فيه على الكراهه.

كالنهي في المرسل الذي بعده، بل و الآخر أيضا مع عدم معلوميه من لم ير رأيها البصيره، و لعلمهم الخوارج و المبغضين لأمر المؤمنين و الأئمه الطاهرين عليهم السلام، لكثرتهم في ذلك المكان و الزمان، بل هو مقتضى استدلال الامام عليه السلام بالايه الكريمه، ضروره معلوميه عدم كفر المخالفين على وجه تجرى عليهم أحكامهم الدنيويه، للسيره القطعيه و الأدله السمعيه و العسر و الحرج و غير ذلك مما هو مسطور في محله.

و منه يعلم بطلان الاستدلال بما دل على كفرهم المعلوم إرادته حكم الكفار منه في الآخره كما دلت عليه النصوص المتواتره.

و كذا أخبار النصاب فان المراد كونهم أجمع بحكمهم فيها أيضا، لمعلوميه كفر الناصب و حليه ماله و دمه، و معلوميه عدم كون المخالف من حيث كونه مخالفا كذلك، فوجب حينئذ حمل هذه النصوص على ذلك، نحو ما دل (٢) على أنهم كفار و أنهم شر من اليهود و النصراني أي في الآخره، بخلاف الدنيا فإنهم مساوون للمؤمنين في الأحكام، و بذلك صرحت النصوص و تواترت في الفرق بين الإسلام و الايمان.

١-١ الوسائل الباب- ١١- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٣ و ٥ و ١٠.

٢-٢ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١٥ و الباب- ١١- من أبواب الماء المضاف الحديث ٥ من كتاب الطهاره.

سماعه (١): «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أخبرني عن الإسلام والايمن أهما مختلفان؟ فقال: إن الايمان يشارك الإسلام، و الإسلام لا يشارك الايمان، فقلت: فصفهما لى، فقال: الإسلام شهاده أن لا إله إلا الله و التصديق برسول الله صلى الله عليه و آله، و به حقنت الدماء، و عليه جرت المناكح، و على ظاهره جماعه الناس، و الايمان الهدى، و ما يثبت فى القلوب من صفه الإسلام، و ما ظهر من العمل به، و الايمان أرفع من الإسلام بدرجة، إن الايمان يشارك الإسلام فى الظاهر و الإسلام لا يشارك الايمان فى الباطن و إن اجتماعا فى القول و الصفه».

و قال حمران بن أعين (٢): «سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: الايمان ما استقر فى القلب و أفضى به إلى الله، و صدقه العمل بالطاعة لله، و التسليم لأمر الله، و الإسلام ما ظهر من قول أو فعل، و هو الذى عليه جماعه الناس من الفرق جميعها، و به حقنت الدماء، و عليه جرت الموارث و جاز النكاح و اجتمعوا على الصلاه و الزكاه و الصوم و الحج، فخرجوا بذلك من الكفر و أضيفوا إلى الايمان- الى أن قلت:- فهل للمؤمن فضل على المسلم فى شىء من الفضائل و الأحكام و الحدود و غير ذلك؟ فقال: لا هما يجريان فى ذلك مجرى واحدا و لكن للمؤمن فضل على المسلم فى إعمالهما و ما يتقربان به الى الله تعالى»
الحديث.

و

قال الفضيل بن يسار (٣): «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إن الايمان يشارك الإسلام، و لا يشاركه الإسلام، إن الايمان ما وقر فى القلوب، و الإسلام ما عليه المناكح و الموارث و حقن الدماء، و الايمان يشارك الإسلام و الإسلام لا يشارك الايمان».

و قال القاسم الصيرفى شريك المفضل (٤): «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول:

الإسلام يحقن به الدم و يؤدى به الامانه و يستحل به الفروج، و الثواب على الايمان».

١-١ الكافى ج ٢ ص ٢٥.

٢-٢ الكافى ج ٢ ص ٢٦.

٣-٣ الكافى ج ٢ ص ٢٦.

٤-٤ الوسائل الباب- ١١- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٤.

صحيح عبد الله بن سنان (١) قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام بم يكون الرجل مسلماً يحل منا كحته و موارثته و بم يحرم دمه؟ فقال: يحرم دمه بالإسلام إذا ظهر و يحل منا كحته و موارثته»

الى غير ذلك من النصوص المتواتره الداله على اشتراك المسلم و المؤمن بالمعنى الأخص فى هذه الأحكام، خصوصاً فى زمان التقية و الهدنه، و هو الزمان الذى لم تقم فيه يد الشرع، كما أوماً إليه

خبر العلاء بن رزين (٢) لما سأل أبا جعفر عليه السلام عن جمهور الناس فقال: «هم اليوم أهل همدنه، ترد ضالتهم، و تؤدى أمانتهم، و تحقن دماؤهم، و تجوز منا كحتهم و موارثتهم فى هذا الحال».

كل ذلك مضافاً إلى

خبر الفضيل بن يسار (٣)

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن المرأة العارفة هل أزوجه الناصب؟ قال: لا، إن الناصب كافر، قال: فأزوجه الرجل الغير الناصب و لا العارف، فقال: غيره أحب الى منه»

و ما يشعر به

خبر زراره (٤) فى المستضعف قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: أتزوج مرجئه أم حروريه؟ قال: عليك بالبله من النساء، قال زراره: قلت: و الله ما هى إلا- مؤمنه أو كافره، فقال أبو عبد الله عليه السلام: فأين أهل ثنوى الله؟ قول الله عز و جل أصدق من قولك إلاً المُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الرِّجَالِ وَ النِّسَاءِ وَ الْوُلْدَانِ لَا يَسْتَطِيعُونَ حِيلَهُ وَ لَا يَهْتَدُونَ سَبِيلًا (٥)»

و خبر حمران بن أعين (٦)

«كان بعض أهله يريد التزويج فلم يجد امرأه برضاها، فذكر ذلك لأبى عبد الله عليه السلام، فقال: أين أنت من البلهاء و اللواتى لا يعرفن شيئاً؟ قلت: إنا نقول: إن الناس على وجهين: كافر و مؤمن، فقال:

فأين الذين خلطوا عملاً صالحاً و آخر سيئاً؟ و أين المرجون لأمر الله؟ أى عفو الله»

إلى غير ذلك من النصوص الداله على حكم المستضعفين منهم.

و منه يعلم إرادته الكراهه من النهى (٧)

عن تزويج المستضعف المؤمنه

- ١-١ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١٧.
- ٢-٢ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١.
- ٣-٣ الوسائل الباب- ١١- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١١.
- ٤-٤ الوسائل الباب- ١١- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١.
- ٥-٥ سورة النساء: ٤- الآيه ٩٨.
- ٦-٦ الوسائل الباب- ١١- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٨.
- ٧-٧ الوسائل الباب- ١١- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٦.

كالكراهه فى تزويج العارفة غير العارف (١) و حينئذ تتفاوت الكراهه فى النكاح منهم ترتبها فى إنكاحهم، فكما أنه يكره النكاح منهم و خصوصا غير البله و المستضعفات من نساءهم كذلك يكره إنكاحهم خصوصا غير البله و المستضعفين منهم، و على ذلك تجتمع جميع النصوص التى لا- ينكر انسياق الكراهه منها كما لا يخفى على من رزقه الله معرفه لسانهم و رموزهم و الجمع بين كلماتهم.

و من الغريب مناقشه بعضهم فى النصوص السابقه بأنها مع قصور أسانيدھا لا صراحه فيها بجواز تزويج المؤمنه بالمخالف، و غايتها العموم القابل للتخصيص بالعكس، أى تزويج المؤمن المخالفه، لتصريح الأخبار الأوله بالمنع من تزويج المؤمنه بالمخالف، فتتعارض الأخبار تعارض العموم و الخصوص، و اللازم حمل الأول على الثانى، إذ لا- يخفى عليك عدم قبول صحيح ابن سنان منها و غيره لذلك، و استبعاد إرادته خصوص هذا الفرد من خصوص لفظ التناكح و الفروج منها دون الدماء و الموارىث، و قد

قال الباقر عليه السلام فى خبر هشام بن الحكم (٢) منكرا: «يتكافؤ دماؤكم و لا يتكافؤ فروجكم»

على أن ذلك قد ذكر فى بيان اتحاد حكم المؤمن و المسلم فى ذلك و اختلافهما فى الكفر باطنا و عدمه.

و منه يعلم عدم احتمال إرادته الإيمان من الإسلام فيه، لعدم احتمال إرادته جواز منا كحتهم بعضهم مع بعض، و أنهما واضحا الفساد، بل لا يلىق ذكرهما ممن له نصيب فى هذا العلم، و مثلهما احتمال جواز ذلك للضرورة من تقيه و غيرها، و لىت شعرى ما أدرى ما الداعى الى هذه الخرافات، و كيف تكون الضروره المزبوره ملحقه للأولاد و مثبته للموارىث و غير ذلك من الأحكام المعلوم ثبوتها بالضرورة من الدين، نعم هى التقيه الزمانيه التى سنشير إليها الجارى عليها أحكام الصحه، و قد تكرر من على بن الحسين عليهما السلام (٣)

لما أنكر عليه النكاح من بعض الناس و إنكاحهم

١-١ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٥.

٢-٢ الوسائل الباب- ٢٦- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٣.

٣-٣ الوسائل الباب- ٢٧- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ و ٢ و ٤ و ٩ و ١١.

«إن الله قد رفع بالإسلام كل خسيسه، و أتم به الناقصه و أذهب به اللؤم، فلا لؤم على مسلم، إنما اللؤم لؤم الجاهليه»

و نحوه عن رسول الله صلى الله عليه و آله فى قصه جويبر (١)

المعروفه.

كل ذلك مضافا إلى ما وقع من تزويج أمير المؤمنين عليه السلام ابنته من عمر (٢)

و تزوج عبد الله بن عمر بن عثمان فاطمه بنت الحسين عليه السلام (٣)

و تزوج مصعب بن الزبير أختها سكينه (٤)

و غير ذلك، بل الظاهر أن التقيه الزمانيه تسوغ أزيد من ذلك، نعم لو انقلب الزمان و ظهرت كلمه الحق لم يتكافؤ الدماء و لا الفروج و لا- غير ذلك، فلا- يقتل المؤمن بالألف منهم، نسأل الله تعجيل الفرج و قيام العدل، و من لا حظ شده ما جاء فى أمر التقيه التى بها حفظت الدماء و تزوج المذهب علم أن ذلك كله سهل فى مقابله المصالح المرتبه عليها، و لولاها لم يكن للشيعة اسم و لا وقف منهم على رسم، فجزى الله محمدا و آله صلى الله عليه و آله عنا خير الجزاء، لم يألوا جهدا فى حفظ هذه الفرقة دينا و آخره.

و كان المسأله من الواضحات و إن اشتهر خلاف ذلك بين المتأخرين و متأخريهم، و لوضوحها تركنا الإطناب فيها و الإكثار من ذكر النصوص و المؤيدات لذلك. و ما يتفرع على القول المقابل من الانفساخ لو تجددت المعرفه بعد النكاح ما لم يؤمن الزوج فى العده على حسب ما سمعته فى الكافر و عدمه، و من جريان المسأله فى فرق الشيعة غير الاثنى عشرية، فلا تتزوج المؤمنه بهذا المعنى غير المؤمن به، و من جريانها فى فرق الشيعة غير الإماميه بالنسبه إلى بعضهم بعض إذا كانوا مختلفين فى الإقرار بالأئمه عليهم السلام، فلا يجوز للمقره بالسبعه منهم مثلا

١- ١ الوسائل الباب- ٢٥- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٢ و ٣ و المستدرک الباب ١٠ منها.

٣- ٣ غايه الاختصار ص ٤٢ ط النجف.

٤- ٤ وفيات الأعيان ج ٢ ص ١٣١ ط مصر و الأغاني ج ١٤ ص ١٦٥ و ١٦٨.

نكاح المقر بالخمسه مثلاً و لا- نكاح من أشرك غيرهم معهم فى الإمامه كالزيديه و غيرهم، فضلاً عن عدم جواز نكاحها للمخالف مع احتمال الجواز، لاشتراكهم فى عدم الايمان بالمعنى الأخص، فهم حينئذ بالنسبه الى ذلك مله واحده، و إغفال النصوص و الفتاوى التعرض لذلك و غيرها مما يؤيد كون المدار على الإسلام فى النكاح، و أن جميع فرقه التى لم يثبت لها الكفر بنصب أو غلو أو نحو ذلك مله واحده يشتركون فى التناكح بينهم و التوارث و غيرهما من الأحكام و الحدود، و الله العالم.

نعم لا يصح نكاح الناصب المعلن بعداوه أهل البيت عليهم السلام و لا نكاح الناصبيه كذلك لارتكابه ما ما يعلم بطلانه من دين الإسلام مع فرض تدينهما بذلك، فهو حينئذ إنكار لضرورى من ضروريات الدين، و دخول فى سبيل الكافرين، كغيره ممن كان كذلك بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، و النصوص (١)

كادت تكون متواتره فيه، بل هى كذلك، بل الظاهر تحقق النصب المقتضى للكفر بالبغض و العداوه لواحد من أهل البيت و إن لم يتخذ ذلك ديناً، ضروره صدق اسم الناصب عليه، فإنه العدو المبغض، بل الظاهر تحققه بالبغض و العداوه و إن لم يكن معلناً، ف

فى خبر زراره (٢) عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«دخل رجل على على بن الحسين عليهما السلام، فقال: إن امرأتك الشيبانيه خارجيه تشتم عليا عليه السلام فان سرك أن أسمعك ذلك منها أسمعك، فقال: نعم، فقال: إذا كان غدا حين تريد أن تخرج كما كنت تخرج فعدوا كمن فى جانب الدار، قال فلما كان من الغد كمن فى جانب الدار، و جاء الرجل فكلمها، فتبين ذلك منها، فخلى سبيلها و كانت تعجبه»

نعم الظاهر ندره ذلك فى هذا الزمان أو عدمه، كما اعترف به فى المسالك و أوماً اليه عليه السلام

فى خبر ابن سنان (٣) بقوله: «إنك لا تجد أحداً

١- ١ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب ما يحرم بالكفر.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث- ٧.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢- من أبواب ما يجب فيه الخمس الحديث ٣ و الباب- ٦٨- من أبواب القصاص فى النفس الحديث ٣ من كتاب القصاص.

يقول: إني أبغض آل محمد»

فلا يلتفت الى دعوى كون الناصب مطلق المخالف كما سمعته سابقا، وقد أشبعنا الكلام فى تفسير الناصب فى كتاب الطهاره (١).

و كيف كان ف هل يشترط فى الكفو مع ذلك تمكنه من النفقه؟

قيل: نعم و القائل الشيخان فى المقنعه و المبسوط و الخلاف و بنو زهره و إدريس و سعيد و العلامه فى التذكره و المختلف على ما حكى عن البعض، لقول الله تعالى (٢) «وَمَنْ لَمْ يَشَيْتَعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ» إلى آخرها، و

قول النبى صلى الله عليه و آله و سلم (٣) لفاطمه بنت قيس لما أخبرته أن معاويه يخطبها:

«إن معاويه صعلوك لا مال له»

و قول الصادق عليه السلام (٤): «الكفو أن يكون عفيفا و عنده يسار»

و لما فى ذلك من الإضرار بالمرأه، و لعهده فى النقص عرفا، لتفاضل الناس فى اليسار تفاضلهم فى النسب، و لأن بالنفقه قوام النكاح و دوام الأزواج.

و قيل و القائل الأكثر لا يشترط ذلك للعمومات (٥) و لقوله تعالى (٦) «إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ» و قوله تعالى (٧) «إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا» و

قوله صلى الله عليه و آله فى تفسير الكفو (٨): «أن يرضى دينه و خلقه»

و خبر جوير (٩)

و غيره ف هو الأشبه بأصول المذهب و قواعده، و الآيه

١- ١ الجزء السادس ص ٦٣ الى ص ٦٧.

٢- ٢ سورة النساء: ٤- الآيه ٢٥.

٣- ٣ سنن البيهقى ج ٧ ص ١٣٥.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٢٨- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٤.

٥- ٥ الوسائل الباب- ١- من أبواب مقدمات النكاح.

٦-٦ سورة النور: ٢٤- الآيه ٣٢.

٧-٧ سورة الشرح: ٩٤- الآيه ٦.

٨-٨ الوسائل الباب - ٢٨- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ الا انه ليس فى تفسير الكفو.

٩-٩ الوسائل الباب - ٢٥- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١.

من الإرشاد أو في المهر، كقول النبي صلى الله عليه وآله لفاطمه (١)

لما استشارته و أرادت النصيحة منه، و المراد من الكفوء فى الثانى العرفى، ضروره عدم اعتبار العفه فيه شرعا و لا إضرار بعد الإخبار، و لا نقص فى عدم المال خصوصا بعد كون أولياء الله غالبا كذلك، بل كان المسأله من الواضحات.

و من هنا نص ابننا إدريس و سعيد فيما حكى عنهما على أن المراد أن لها الخيار إذا تبين لها العدم لا الفساد، بل فى المختلف الإجماع على عدم اشتراطه فى صحه العقد مع علمها، و فى كشف اللثام بعد أن حكى ذلك عنه قال: و الأمر كذلك، و لعلمهم مجمعون على الصحه مع الجهل أيضا كما ذكره الشهيد، و لكن فى الإيضاح أن الأقوال ثلاثه: الاشتراط و عدمه و الخيار، قلت: كأنه لحظ ظاهر اعتبار الشيخين و ابن زهره الايمان و التمكن من النفقه فى الكفاءه فى مقابله من اعتبر أزيد من ذلك فيها من العامه.

و على كل حال هو على تقديره فى غايه الضعف، و يمكن حمل كلامهم على إرادته و جوب اعتبار ذلك من الولى و الوكيل باعتبار المفسده على الامرأ بذلك، إلا أن ذلك يقتضى كون العقد فضولا حيثئذ فاسدا أو يحتمل على إرادته عدم و جوب الإجابة على القول به فيما لو خطب القادر على النفقه دفعا للخرج و جمعا بين الأدله، بل عن الشهيد لا أظن أحدا خالف فيه.

و من ذلك يعلم الحال فى اعتبارهم الايمان مع التمكن من النفقه فى الكفاءه، فإنه يحتمل إرادتهم التسلط على الخيار، أو أن للمرأة الفسخ مع فرض نكاح الولى أو الوكيل، أو أن المراد عدم و جوب الإجابة بناء على إرادته المعنى الأخص من نحو ما سمعته فى التمكن من النفقه، لاتحاد المساق فيهما و إلا كان الفساد متجها إليهما معا أيضا.

بل الظاهر فساد دعوى الخيار أيضا، لأصالة اللزوم و خصوصا فى النكاح الذى لم يقبل اشتراط الخيار، خلافا لجماعه منهم الفاضل فى المختلف و إن كان هو قد

اضطراب رأيه فى المسأله، فى الكتاب المزبور لم يعتبر اليسار فى الكفاءه، و اكتفى بالایمان، و لكن خیرها مع الجهل لو تزوجت بفقر، و فى المحكى عن تذكرته أنه اعتبر فیها اليسار، و جوز للولى أن یزوجها بالفقر، و لو كان الذى یزوجها السلطان لم یكن له أن یزوجها إلا بكفو، و فى القواعد لم یجعله شرطاً و لا سبباً للخيار، و هو الأصح لما عرفت، و نفى الضرر لا یقتضى التسلط على الخيار مع عدم الانجبار، خصوصاً مع عدم إحراز الراغب فیها من المؤسرين، و خصوصاً بعد قوله تعالى (١) «إِنَّ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِيهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ» و «إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا» (٢) الذى استدل به أمير المؤمنين عليه السلام فى الخبر (٣) الآتى الذى قد استفاد منه أيضاً ما نحن فيه، و خصوصاً بعد أن شرع الله ما یرتفع به الضرر المزبور، ضروره و جوب الإنفاق علیهما من بیت المال أو من المسلمین كفايه مع فرض الإعسار.

و من ذلك یعلم الحال فیما لو تجدد عجز الزوج عن النفقه و أنه هل تتسلط بذلك على الفسخ؟ و إن قال المصنف فى روايتان لكن أشهرهما عملاً أنه ليس لها ذلك لا بنفسها و لا بالحاكم، بل فى المسالك أنه المشهور، و هى ما

روى (٤) عن أمير المؤمنين عليه السلام «إن امرأه استعدت إليه على زوجها للإعسار، فأبى أن يحبسها، و قال: إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا»

مضافاً إلى ما عرفت من العمومات و غيرها و زياده الاستصحاب هنا، خلافاً للمحكى عن أبى على، فسلطها على الفسخ، و فى كشف اللثام و قيل یفسخه الحاكم، و هو قوى، فان لم یكن الحاكم فسخت، لقوله تعالى (٥) «فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ» و الإمساك بلا نفقه ليس بمعروف، و للضرر و الحرج، و

صحيح أبى بصير (٦)

١-١ سورة النور: ٢٤- الآيه ٣٢.

٢-٢ سورة الشرح: ٩٤- الآيه ٦.

٣-٣ المستدرک الباب- ١- من أبواب النفقات الحديث ٥.

٤-٤ المستدرک الباب- ١- من أبواب النفقات الحديث ٥.

٥-٥ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٢٩.

٦-٦ الوسائل الباب- ١- من أبواب النفقات الحديث ٢.

عن الباقر عليه السلام «من كانت عنده امرأه فلم يكسها ما يوارى عورتها و يطعمها ما يقيم صلبها كان حقا على الامام أن يفرق بينهما»

و صحيح ربعي و الفضيل (١) عن الصادق عليه السلام «إن أنفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوه و إلا فرق بينهما».

و فيه منع كون الإمساك بلا نفقه من غير المعروف مع الإعسار و كونها ديناً عليه، على أنه قد تقدم في تفسير الآيه من النصوص (٢)

ما ينافي ذلك، و إلزام الحاكم - مع المرافعة و المنازعة و قيام عصاه الشرع و نظره الى المصلحه للقادر الممتنع بالطلاق الذى يحمل عليه ما فى الخبرين إن لم يكن ظاهرهما و لو للجمع بينهما و بين ما سمعته من أمير المؤمنين عليه السلام - أمر خارج عما نحن فيه من تسلطها على الفسخ أو تسلط الحاكم عليه، كما هو واضح.

هذا و عن فخر المحققين بناء ما هنا من الخلاف على أن اليسار بالنفقة ليس شرطاً فى لزوم العقد، إذ لو جعلناه شرطاً لسلطت على الفسخ بتجدد العجز بغير إشكال، و فيه أنه يمكن عليه اختصاص ذلك بالابتداء دون الاستداه كما فى العيوب المجوزه للفسخ، و ربما يؤيده إطلاق الأصحاب هنا، نعم لا إشكال فى عدم الفسخ بناء على عدم تسلطها عليه به لو بان قبل العقد، ضروره أولويه ما هنا منه بذلك، كما هو واضح.

و كيف كان فلا إشكال و لا خلاف معتد به فى أنه يجوز عندنا إنكاح الحره العبد و العربيه العجمي و الهاشميه غير الهاشمي و بالعكس، و كذا أرباب الصنائع الدينيه كالكناس و الحجام و غيرهما بذوات الدين من العلم و الصلاح و البيوتات و غيرهم، لعموم الأدله و خصوص ما جاء من تزويج جوير الدلفاء (٣)

و منجح بن رباح مولى على بن الحسين عليهما السلام بنت ابن أبى رافع (٤)

و نكاح

١- ١ الوسائل الباب- ١- من أبواب النفقات الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٤- من أبواب أقسام الطلاق الحديث ٧ و ١٠ و ١٢ و ١٣ من كتاب الطلاق.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٥- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٢٥- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١.

على بن الحسين عليهما السلام مولاته (١)

و نكاح رسول الله صلى الله عليه وآله عائشه و حفصه (٢)

و نكاح العوام صفيه (٣)

و المقداد ضباعه بنت الزبير بن عبد المطلب (٤)

و عثمان (٥)

و أبى العاص (٦)

و عمر (٧)

و عبد الله بن عمر بن عثمان (٨)

و مصعب بن الزبير (٩)

بنات رسول الله صلى الله عليه وآله و على و الحسين عليهما السلام، و قد

قال رسول الله صلى الله عليه وآله لما زوج المقداد ابنه الزبير بن عبد المطلب (١٠): «إنما أردت أن تتضع المناكح»

كقوله صلى الله عليه وآله (١١): «المسلم كفو المسلمه، و المؤمن كفو المؤمنه»

و «المؤمنون بعضهم أكفاء بعض» (١٢)

و «إذا جاءكم من ترضون خلقه و دينه فزوجوه، إِلَّا تَعْلَوْهُ تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الْأَرْضِ وَ فَسَادٌ كَبِيرٌ» (١٣).

فما عن ابن الجنيد- من أنه اعتبر فيمن تحرم عليهم الصدقه أن لا يتزوج

١- ١ الوسائل الباب- ٢٧- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١١- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١٤.

٣- ٣ أنساب الاشراف ج ١ ص ٩٠ ط مصر.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٢٦- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١.

٥- ٥ الوسائل الباب- ١١- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١٤.

٦- ٦ الوسائل الباب- ١١- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١٤ و الباب- ١٣- منها- الحديث ٢.

- ٧-٧ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٢ و ٣ و المستدرک الباب- ١٠- منها.
- ٨-٨ ٨ غايه الاختصار ص ٤٢ ط النجف.
- ٩-٩ ٩ وفيات الأعيان ج ٢ ص ١٣١ ط مصر و الأغاني ج ١٤ ص ١٦٥ و ١٦٨.
- ١٠-١٠ ١٠ الوسائل الباب- ٢٦- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٥.
- ١١-١١ ١١ الوسائل الباب- ٢٥- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١.
- ١٢-١٢ ١٢ الوسائل الباب- ٢٣- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٢.
- ١٣-١٣ ١٣ الوسائل الباب- ٢٨- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١.

فيهم إلا- منهم لثلا يستحل بذلك الصدقه من حرمت عليه إذا كان الولد منسوباً الى من تحل له الصدقه- مسبق بالإجماع و ملحق به و إن كان ربما يشهد له فى الجمله

خبر (١) بلال قال: «لقى هشام بن الحكم بعض الخوارج فقال: يا هشام ما تقول فى العجم يجوز أن يتزوجوا الى العرب؟ قال: نعم، قال: فالعرب تتزوج من قريش، قال: نعم، قال: فقريش تتزوج فى بنى هاشم، قال: نعم، قال: عمن أخذت هذا؟ قال: عن جعفر بن محمد عليهما السلام سمعته يقول: يتكافؤ دماؤكم و لا تتكافؤ فروجكم؟ قال: فخرج الخارجى حتى أتى أبا عبد الله عليه السلام، فقال: إنى لقيت هشاماً فسألته عن كذا فأخبرنى بكذا، و ذكر أنه سمعه منك، قال: نعم قد قلت ذلك، فقال الخارجى:

فها أنا ذا قد جئتكم خاطباً، فقال له أبو عبد الله عليه السلام: إنك لكوفى دينك و حسبك فى قومك، و لكن الله تعالى صاننا عن الصدقه، و هى أوساخ أيدى الناس، فنكره أن نشرك فيما فضلنا الله به من لم يجعل الله له مثل ما جعل لنا، فقام الخارجى و هو يقول: تالله ما رأيت رجلاً قط مثله، ردنى و الله أقبح رد و ما خرج عن قول صاحبه»

والمرسل فى الفقيه (٢)

«إنه نظر النبى صلى الله عليه و آله إلى أولاد على عليه السلام و جعفر فقال بناتنا لبنينا و بنونا لبناتنا»

لكن من المعلوم خصوصاً الأخير عدم إرادته حرمة ذلك.

نعم فى المسالك «إنه اعتبر بعض فى الكفاءة زياده على ما ذكر الحريه و النسب و الحرفه، و فرع على النسب أن العجمى ليس كفوا للعربيه، و غير القريشى ليس كفوا له، و لا مطلق القريشى كفوا للهاشميه، و على الحرفه أن أصحاب الحرف الدينيه ليسوا أكفاء للشراف و لا لسائر المحترفه.

و الكل ضعيف و الأخبار النبويه و الأفعال تنفيه».

قلت: ما حضرنى من كتبهم قد اعتبر فيه فى الكفاءة ذلك و أزيد منه من بعض الأمور المنافيه للكفاءة عرفاً أو لكمالها لا شرعاً، لكنهم صرحوا بكون المراد

١- ١ ذكر صدره فى الوسائل فى الباب- ٢٦- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٣ و تمامه فى الكافي ج ٥ ص ٣٤٥ و فيهما عن على بن بلال.

٢- ٢ الوسائل فى الباب- ٢٧- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٧.

من ذلك تسلط المرأه على الفسخ إن شاءت مع فرض تزويج وليها إياها و هي غير عالمه، لا أن المراد فساد النكاح حتى مع العلم و الرضا، و لعل للأصحاب فيما تقدم سابقا من نكاح الولي الصغيره كلاما يشبه ذلك، و نحو قولهم لو زوجها الولي من غير الكفو كان لها الخيار، ضروره إرادته الكفو عرفا لا شرعا و إلا كان النكاح باطلا، لأن لها الخيار، و مبناه على اعتبار المصلحه فى تصرف الولي بالنسبه إلى ذلك أو عدم المفسده، و نحو ما سمعته من اعتبار التمكّن من النفقه فى الكفء، نعم ربما كان بعض كلام فى أفراد فاقد المصلحه و واجد المفسده، كالكلام فى أن المراد بالخيار اجازة العقد و عدمه أو فسخه بعد الصحه و أن الولي تبقى ولايته على البكر البالغه الرشیده أو لا، كما عرفت البحث فى ذلك كله، و الأمر سهل، و الله العالم.

و كيف كان فقد ذكر المصنف و غيره أنه لو خطب المؤمن القادر على النفقه و جب إجابته و إن كان أخفض نسبا، و لو امتنع الولي كان عاصيا و لكن لا- ريب فى منافاته لما وقع منه و من غيره أيضا من كراهه تزويج الفاسق، و خصوصا شارب الخمر و الزانى و المخالف، و لما فى النصوص (١)

من كراهه تزوج المهاجره بالأعرابى، و غير ذلك مما لا يجتمع مع وجوب الإجابة إلّا بنوع من التأويل، فلا بد من تقييد ذلك بما إذا لم يكن ممن يكره منا كحته، بل فى كشف اللثام زياده: و لم يعلم فيه شىء من المسلمات على الفسخ، و لم تأب المولى عليها، مضافا إلى ما فى المسالك من تقييده بعدم قصد العدول إلى الأعلى مع وجوده بالفعل أو القوه، ثم قال: «و إنما يكون عاصيا مع الامتناع إذا لم يكن هناك طالب آخر مكافئ و إن كان أدون منه، و إلا- جاز العدول إليه، و كان وجوب الإجابة تخيريا، فلا يكون الولي عاصيا بذلك».

على أن أصل الحكم لا- يخلو من إشكال، إذ هو فى الولي الشرعى لصغر و نحوه مع عدم مصلحه خارجيه تقتضى الوجوب يشكل دعواه، للأصل و انتفاء الحاجه، و فى المخطوبه التى هى أولى بنفسها لا يجب عليها أصل النكاح فضلا عن خصوصياته،

و دعوى وجوب الإجابة عليها للخاص بعد فرض عزمها على أصل النكاح لا دليل عليها، بل السيره المستمره على خلافها، و ربما كان فى تعليق الأمر على رضاها إشاره إلى عدم وجوب الإجابة عليها، و الأمر فى النصوص (١)

السابقه بتزويج من يرضى دينه و خلقه إنما هو للأولياء العرفيين بمعنى عدم مشروعيه الامتناع من حيث الحسب و النسب و الشرف و الغناء و العظمه و نحو ذلك مما كان مستعملا للعرب فى الجاهليه، و كذا قوله تعالى (٢) «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ» إلى آخرها، أو أن المراد به عدم جواز الامتناع منهم بعد فرض رضا المخطوبه و لو بقرائن الأحوال مع تأديه امتناعه إلى عدم وقوع النكاح، و لو للعاده بعدم استقلال البنت فى أمرها رغبا و رهبا فى وليها و منه أو نحو ذلك مما لا يقتضى الوجوب على من بيده عقده النكاح من الولي، أو المخطوبه من حيث خطبه المؤمن القادر على النفقه.

و كأنه لذلك

قال ابن إدريس فيما حكى عنه (٣)

«روى أنه إذا خطب المؤمن إلى غيره بنته و كان عنده يسار بقدر نفقتها و كان ممن يرضى أفعاله و أمانته و لا يكون مرتكبا لشيء ما يدخل به فى جملة الفساق و إن كان حقيرا فى نسبه قليل المال فلم يزوجه إياها كان عاصيا لله تعالى مخالفا لسنة نبيه،»

و وجه الحديث فى ذلك انه إنما يكون عاصيا إذا رده و لم يزوجه لما هو عليه من الفقر و الأنفه منه لذلك، و اعتقاده أن ذلك ليس بكفو فى الشرع، فأما إن رده و لم يزوجه لا- لذلك بل لأمر آخر و غرض غير ذلك من مصالح دنياه فلا حرج عليه، و لا يكون عاصيا، فهذا فقه الحديث، و مرجعه إلى ما ذكرنا من معصيته إذا ازدرى بالخاطب أو ضار المخطوبه.

و من ذلك يعلم ما فى المسالك، فإنه- بعد أن ذكر أنه هل يعتبر فى وجوب الإجابة بلوغ المرأه أم يجب على الولي الإجابة لمن ذكر و إن كانت صغيره؟ وجهان من إطلاق الأمر و انتفاء الحاجه، و الأصل فى تخصيص الأولياء بالحكم أنه المجيب

١- ١ الوسائل الباب- ٢٨- من أبواب مقدمات النكاح.

٢- ٢ سورة النور: ٢٤- الآيه ٣٢.

٣- ٣ السرائر ص ٢٩٥ ط إيران.

و المانع غالبا و إن لم يكن له الولايه شرعا، و الأمر فى الأخبار متعلق به لذلك- قال: «و فى

صحيحه على بن مهزيار (١) قال: «كتب على بن أسباط إلى أبى جعفر عليه السلام فى أمر بناته و أنه لا يجد أحدا مثله، فكتب إليه أبو جعفر عليه السلام: فهمت ما ذكرت من أمر بناتك و أنك لا تجد أحدا مثلك، فلا تنظر فى ذلك رحمك الله، فان رسول الله صلى الله عليه و آله قال: إذا جاءكم من ترضون خلقه و دينه فزوجوه، إلا تفعلوه تكن فتنة فى الأرض و فساد كبير»

دلالة على جميع ما ذكره المصنف من الأحكام لاقتضاء الأمر الوجوب، و استلزام مخالفته المعصية و تناوله الأخفض نسبا» قلت:

لكن قد عرفت أن المراد من هذا الأمر (٢).

و كذا ما فى كشف اللثام فإنه بعد أن ذكر النبوى (٣) قال: «و لأن على الولى أن يفعل ما هو أصلح للمولى عليه، ثم إن كانت البالغة مولى عليها فلا إشكال، و إلا فإن كانت المخطوبة بالغه و لكن يعلم من حالها أنها لا تستقل بالنكاح حرم على الولى رد الخاطب إذا اتصف بما ذكر، فإنه ليس إلا منعا لهما عن حاجتهما المرغوبه شرعا و إن كانت صغيره فالظاهر أنه كذلك إن كان فيه مصلحتها، و يؤيده

قوله عليه السلام (٤)

«لا تؤخروا أربعا- و عدّ منها- تزويج بكر إذا وجد كفوا»

قلت:

ليس محل البحث وجود المصلحة بالنسبه إلى المولى عليه، ضروره خروجه عما نحن فيه، إنما الكلام فى الوجوب شرعا من الولى الحقيقى من حيث خطبه المؤمن القادر على النفقه، كما أنه ليس منه فرض رغبه الخاطب و المخطوبه، فإنه ليس للولى العرفى المنع قطعا.

١- ١ الوسائل الباب- ٢٨- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١.

٢- ٢ هكذا فى النسخه الأصلية المبيضة، و الصحيح «لكن قد عرفت المراد من هذا الأمر» كما هو كذلك فى المسوده التى هى بخط المصنف طاب ثراه.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٨- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ و ٢.

٤- ٤ سنن البيهقى ج ٧ ص ١٣٣ و فيه «ثلاثة لا تؤخرها. و الأيم إذا وجدت كفوا».

و لعله لما ذكرنا أطلق في محكى التذكرة استحباب تأخير تزويج الصغيرين إلى البلوغ، قال: «لأن النكاح يلزمهما حقوقا، و ليكونا من أهل الاذن فليستأذنا أو يليا العقد بأنفسهما عندنا، لأن قضاء الشهوه إنما يتعلق بالزوجين، فنظرهما لأنفسهما فيه أولى من غيرهما، خصوصا فيمن يلزمهما عقده، كالأب و الجد» كما أن منه عرفت الحال في أصل الحكم، و الله العالم.

و لو انتسب الزوج إلى قبيله فبان من غيرها كان للزوجه الفسخ عند الشيخ في النهايه و ابني حمزه و سعيد على ما حكى عن الأخير منهم، للتدليس، و

مضمرة الحلبي الصحيح (١)

«في رجل تزوج امرأه فيقول: أنا من بني فلان فلا يكون كذلك، قال: يفسخ النكاح، أو قال: يرد»

و رده في كشف اللثام و غيره بالإضمار قال: «و لا- يجدى أن الحلبي أعظم من أن يروى نحو ذلك عن غير الامام، لاحتمال رجوع الضمير إلى الحلبي، و يكون الراوى عنه سأله» و على كل حال فقد وافقهم في المختلف إذا ظهر أنه أدنى ممن انتسب إليه بحيث لا يلائم شرف المرأه، لما فيه من الغضاضه و الضرر، و الخبر، بدعوى أن المتبادر منه ذلك، و ابن إدريس فيما حكى عنه «إن شرط ذلك في العقد سواء كان من قبيله أدنى ممن انتسب إليها أو أعلى، للتدليس في العقد، فإنهما إنما تراضيا بالعقد على ذلك، فإذا ظهر الخلاف أعرض للفساد» بل ظاهر المسالك المفروغيه من ذلك، للعموم.

و قيل و القائل الشيخ فيما حكى عن مبسوطه و الأكثر على ما في المسالك:

ليس لها الفسخ و هو أشبه بأصول المذهب و قواعده المستفاده من قوله تعالى (٢) «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و حصر رد النكاح في غير ذلك في صحيح الحلبي (٣)

و من معلوميه بناء النكاح على اللزوم و لذا لم يجز فيه اشتراط الخيار، بل ظاهر المصنف و الفاضل في القواعد كما اعترف به في كشف اللثام عدم الفرق بين أن تكون

١-١ الوسائل الباب-١٦- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.

٢-٢ سورة المائدة: ٥- الآيه ١٠.

٣-٣ الوسائل الباب-١- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٦.

قبيلته دون من انتسب إليها أم لا، و سواء كانت دون قبيلتها أم لا، و من غير فرق بين الشرط و عدمه، بل فى كشف اللثام عن المبسوط «إنه بعد أن ذكر أن من دلس بالحريه فان لم يشترطها فى العقد كان النكاح صحيحا قولاً واحداً، و إن شرطها فيه كان فيه قولان» قال: «و هكذا القولان إذا انتسب إليها نسبا فوجد بخلافه، سواء كان أعلى مما ذكر أو دونه» و هو يعطى أن الخلاف إنما هو عند الاشتراط فى العقد، ثم قال: «و إن كان الغرور بالنسب فان وجد دون ما شرط و دون نسبها فلها الخيار، لأنه ليس كفواً، و إن كان دون ما شرط لكنه مثل نسبها و أعلى منه، مثل أن كانت عربيه فشرط هاشميا فبان قرشياً أو عربياً، فهل لها الخيار أم لا؟ فالأقوى أنه لا خيار لها، و فى الناس من قال: لها الخيار، و قد روى (١)

ذلك فى أخبارنا» انتهى، و مراده بالكفو العرفى لا الشرعى، و لها الخيار حينئذ دفعا للضروره و الغضاضه، و أما من كان مثل نسبها أو أعلى فليس من ذلك، و فى كشف اللثام «و فيه الاشتراك فى التدليس».

قلت: لكن الكلام فيما يدل على الخيار به فى النكاح مطلقا سواء حصل منه ضرر أو لا، بل و فيما يدل عليه فيه بتخلف الوصف فى الزوجه أو الزوج، بل و بتخلف نحو ذلك لو كان على جهه الشرطيه دون الوصف، بل و بتخلف الشرائط التى ليست بشرائط أوصاف، بل شرائط إزمات، كشرطيه تمليك دار أو عبد مثلا، و قياس النكاح على البيع فى ذلك كله كما ترى، خصوصا مع الفرق بينهما بملاحظه الوصف فى البيع فى الثمن و المثلن بخلافه فى الزوج و الزوجه، على أن المهر فى النكاح فضلا عن الشرائط التى هى قسط منه قد عرفت أن فساده لا يبطل النكاح، و يصح فيه اشتراط الخيار دونه، و ليس ركنا من أركان النكاح، بخلاف الثمن فى البيع،

«و المؤمنون عند شروطهم» (٢)

لا يقتضى أزيد من الإلزام بالشرط القابل لأن يلزم بتأديته، لا مثل شرط أوصاف العين الخارجيه، و الاستناد

١-١ الوسائل الباب-١٦- من أبواب العيوب و التدليس.

٢-٢ الوسائل الباب-٢٠- من أبواب المهور الحديث ٤.

إلى المضمّر المزبور يقتضى العمل بإطلاقه الذى لم يفرق فيه بين الاشتراط و عدمه، و التعديه عن مضمونه تقتضى عدم الفرق بين الانتساب إلى قوم و غيره من الأوصاف و بين انتسابها و انتسابه و أوصافها و أوصافه، كما أن قاعده الشرطيه تقتضى ذلك أيضا.

و لكن لا- يخفى عليك ما فى ذلك كله من الاشكال، و لعله لذلك صرح الشيخ بعدم الخيار مع الاشتراط، و لا ينافيه إثباته الخيار فى الأول الذى علله بعدم الكفاءه لا من جهه الشرطيه، و يمكن حمل المضمّر المزبور على تزويج الولي أو الوكيل أو غيرهما ممن يعتبر فى لزوم نكاحه المصلحه أو عدم المفسده، و المفروض تخلف ذلك، فتسلط على الخيار أو على رد العقد.

هذا و لكن ستعرف فى باب التدليس ما يدل على ثبوت الخيار به مع اشتراط ذلك فى متنه، بل ظاهرهم هناك الإجماع على ذلك، بل يقوى فى النظر ثبوت الخيار إذا تزوجها على الوصف الذى دلست به فبان الخلاف و إن لم يشترط ذلك فى متن العقد، فلا حظ و تأمل، و الله العالم.

و يكره أن يزوج الفاسق كما فى القواعد و غيرها، بل فى المسالك لا شبهه فى كراهه تزويجه، حتى منع منه بعض العلماء لقوله تعالى (١) «أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ» و مفهوم

قوله صلى الله عليه و آله (٢): «إذا جاءكم من ترضون خلقه و دينه فزوجوه»

المدال على أن من لا- يرضى دينه لا- يزوج، و الفاسق كذلك و فى كشف اللثام تعليله بأنه لفسقه حرى بالاعراض و الإهانه، و التزويج إكرام و موده، و لأنه لا- يؤمن من الإضرار بها و قهرها على الفسق، و لا أقل من ميلها إليه أو سقوط محله من الحرمة عندها.

و لكن الجميع كما ترى لا يفيد الكراهه لمطلق الفسق حتى الإصرار على بعض الصغائر الذى قل ما يخلو منه أحد، و الآية إنما يراد من الفسق فيها الكفر

١- ١ سورة السجده: ٣٢- الآية ١٨.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٨- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١.

بقرينه مقابله الايمان، على أن نفى الاستواء لا يقتضى بكراهه التزويج، و ليس مندرجا فيمن لا يرضى دينه قطعا، بل و الخلق بناء على أن المراد منه حسن السجايا التي لا ينافيها بعض أنواع الفسق، كما عساه يومئ إليه النهى عن تزويج سيئ الخلق،

قال الحسين بن بشار الواسطي (١): «كتبت إلى أبي الحسن الرضا عليه السلام أن لى قرابه قد خطب إلى ابنتى و فى خلقه سوء، فقال: لا تزوجه إن كان سيئ الخلق»

و ليس كل فسق حربا بالاعراض و الإهانه على وجه ينافيه التزويج و لا يؤمن معه من الإضرار بها و من قهرها عليه، خصوصا مع فرض فسقها، و لا كل فسق يسقط حرمة الإيمان التي قد علمت من الشريعة، و لم نعرف من نسب إليه من العلماء المنع منا، بل فى كشف اللثام لا يحرم اتفاقا منا، و لعله من العامه، إلا أنه يمكن أن يكون من إنكار الضروريات.

نعم لا- ريب فى الكراهه بالنسبه إلى بعض أنواع الفسق، كشرب الخمر الذى قال المصنف فيه و تتأكد أى الكراهه فى شارب الخمر و

قال الصادق عليه السلام (٢): «من زوج كريمته من شارب الخمر فقد قطع رحمها»

و كالزنا و غيرهما من أنواع الفسق التي فيها من الغضاظه و عدم الائتمان ما لا يخفى، خصوصا بالنسبه إلى بعض الناس و بعض النساء.

كما لا ريب فى كراهه أن تزوج المؤمنه بالمخالف لما عرفته و لا بأس بالمستضعف، و هو الذى لا يعرف بعناد بمعنى عدم تلك الكراهه الحاصله فى غيره و إن كان هو أيضا مكروها، للنهى عنه (٣) كالنهي عن النكاح منهم (٤)

و خصوصا على المؤمن، و إن خفت الكراهه فى البله من نساءهم و المستضعفات منهم،

١- ١ الوسائل الباب- ٣٠- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١١- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٦.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب ما يحرم بالكفر.

فى خبر سدير (١) قال: «قال لى أبو جعفر عليه السلام: يا سدير بلغنى عن نساء أهل الكوفة جمال و حسن تبعل فابتغ لى امرأه ذات جمال فى موضع، فقلت: قد أصبتها جعلت فداك، فلانه بنت فلان بن محمد بن الأشعث بن قيس، فقال لى: يا سدير إن رسول الله صلى الله عليه و آله لعن قوما فجرت اللعنه فى أعقابهم، و إن عليا عليه السلام لعن قوما فجرت اللعنه فى أعقابهم إلى يوم القيامة، و أنا أكره أن يصيب جسدى جسد أحد من أهل النار».

و كذا يكره نكاح الزنج

قال أمير المؤمنين عليه السلام (٢): «إياكم و نكاحهم، فإنه خلق مشوه»

وقال الصادق عليه السلام (٣)

«لا تناكحوا الزنج و الخزر، فان لهم أرحاما تدل على غير الوفاء، قال: و السند و الهند و القند ليس فيهم نجيب، يعنى القندهار»

وقال عليه السلام أيضا (٤)

«لا تنكحوا فى (من خ ل) الأكراد فإنهم حى من الجن كشف الله عنهم الغطاء»

و قال أمير المؤمنين عليه السلام (٥)

«إياكم و تزويج الحمقاء، فان صحبتها بلاء، و ولدها ضياع»

وقال الصادق عليه السلام (٦)

«زوجوا الأحمق و لا تزوجوا الحمقاء، فإن الأحمق قد ينجب و الحمقاء لا تنجب»

وعن الباقر عليه السلام (٧) و قد «سئل عن الرجل المسلم تعجبه المرأه الحسناء أ يصلح له أن يتزوجها و هى مجنونه؟

قال: لا، و لكن إن كانت عنده أمه مجنونه فلا بأس بأن يطئها، و لا يطلب ولدها»

إلى غير ذلك مما ورد فى النصوص النهى عن نكاحه و إنكاحه المحمول على الكراهه و شدتها، و الله العالم.

١- ١ الوسائل الباب- ١٤٣- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ و ليس فيه «ان عليا عليه السلام لعن قوما فجرت اللعنه فى أعقابهم».

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣١- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١.

- ٣-٣ الوسائل الباب- ٣١- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٢.
- ٤-٤ الوسائل الباب- ٣٢- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١.
- ٥-٥ الوسائل الباب- ٣٣- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١.
- ٦-٦ الوسائل الباب- ٣٣- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٢.
- ٧-٧ الوسائل الباب- ٣٤- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١.

[المسألة الثانية إذا تزوج بامرأه ثم علم أنها كانت زنت لم يكن له فسخ العقد]

المسألة الثانية إذا تزوج بامرأه و لو بزعم أنها عفيفه ثم علم أى بأن أنها كانت زنت لم يكن له فسخ العقد وفاقا للمحكى عن النهايه و الخلاف و السرائر و الجامع و موضع من المهذب و غيرها، بل هو المشهور، للأصل و حصر موجب الفسخ فى غيره

فى صحيح الحلبي (١) عن الصادق عليه السلام «إنما يرد النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل»

و خبر رفاعه (٢) عنه عليه السلام سأله «عن المحدود و المحدوده هل يرد من النكاح؟ قال: لا»

خلافًا للمحكى عن الصدوق و أبى على، فخيرا، للعار الذى يندفع بالطلاق، و ل

قول أمير المؤمنين عليه السلام (٣)

«فى المرأه إذا زنت قبل أن يدخل بها، قال: يفرق بينهما، و لا صداق لها، لأن الحدث كان من قبلها»

و هو مع الضعف و ظهوره فى الانفساخ لا يفيد المطلوب، فان ظاهره أن الزنا بعد العقد، مع احتمال التفريق بالطلاق، بل قيل: أنه أولى، و المحكى عن المفيد و سلالر و التقى و القاضى و موضع آخر من المهذب، فخيره إذا ظهر أنها حدث فى الزنا، من غير تعرض لغير المحدوده من الزنا، و لعله لكون العار فيها أشد، و هم محجوجون بما عرفت.

و على كل حال فلا فسخ له و لا الرجوع على الولى بالمهر بعد فرض استحقاقها له بالدخول، سواء أمسكها أو فارقها، للأصل و استيفائه المعوض، و إلا كان جامعا بين العوض و المعوض عنه، بل الظاهر أن عدم الفسخ لا يجامع تضمين المهر، خلافًا للشيخ فى النهايه، فقال: له الرجوع، و كذا ابن إدريس إن كان

١-١ الوسائل الباب-١- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٦.

٢-٢ الوسائل الباب-٥- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢.

٣-٣ الوسائل الباب-٦- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٣.

الولى عالما بأمرها، للتدليس و

صحيح معاويه بن وهب (١) سأل الصادق عليه السلام عن ذلك فقال: «إن شاء زوجها أخذ الصادق ممن زوجها، و لها الصادق بما استحل من فرجها، و إن شاء تركها»

و نحوه خبر عبد الرحمن بن أبى عبد الله (٢) عنه عليه السلام

و لحسن الحلبي (٣) سألته «عن المرأة تلد من الزنا و لا يعلم بذلك أحد إلا وليها أ يصلح له أن يزوجهها و يسكت على ذلك إذا كان قد رأى منها توبه أو معروفا؟»

فقال: إن لم يذكر ذلك لزوجهها ثم علم بعد ذلك فشاء أن يأخذ صداقها من وليها بما دلس عليه كان له ذلك على وليها، و كان الصادق الذى أخذت لها، لا سبيل عليها فيه بما استحل من فرجها، و إن شاء زوجها أن يمسكها فلا بأس».

و إلى ذلك أشار المصنف بقوله و روى أن له الرجوع، و لها الصادق بما استحل من فرجها، و هو شاذ و فى كشف اللثام «يمكن حملها على ما إذا شرط على الولي أن لا تكون زانية، و قوله عليه السلام فى الخبر الأول: «إن شاء تركها» يحتمل أن يكون بمعنى الإمساك كما فى هذا الخبر، و أن يكون بمعنى الفراق بطلاق أو فسخ على القول به، قلت: على الأول يكون المراد بالإمساك من غير رجوع بالمهر كى يصح مقابلا لقوله عليه السلام أولا: «إن شاء أخذ» بل يتعين إرادته الكناية بالأول عن الفسخ ثم الرجوع بما اغترمه للمرأة، و حينئذ يتجه الاستدلال بهذه النصوص للصدوق و الإسكافى على الخيار، بل قد يؤيد ذلك إمكان دعوى منافاه عدم الفسخ للرجوع بالمهر الذى قد تضمنته على الولي، ضروره اقتضائه رضاه بالبضع الذى هو بدل عوضه، نعم لو فسخ العقد و الفرض أن الامراه قد غرمتها بما استحل من فرجها الصادق كان له الرجوع به على من غره لا أنه يرجع به عليه مع عدم الفسخ، فيكون حينئذ قد جمع بين العوض و المعوض عنه، و مقيما على الانتفاع بالبضع بلا عوض.

١- ١ أشار إليه فى الوسائل الباب - ٦ - من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٤ و ذكره فى الكافى ج ٥ ص ٣٥٥.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٦ - من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٤.

٣- ٣ الوسائل الباب - ٦ - من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.

و من ذلك يعلم ضعف القول بالرجوع بالمهر على الولي مع عدم الفسخ، خصوصا مع اقتضاء التعليل المقتضى لذلك أنه يرجع عليها لو فرض مباشرتها للنكاح بنفسها من غير ولي، و يلزم منه استدامه استحلال الانتفاع ببعضها من غير عوض، و هو خلاف المعلوم نصا و فتوى في غير المقام، كما أن منه يعلم شذوذ مفاد الأخبار المزبوره، ضروره عدم ثبوت القول بالرجوع بالمهر على الولي مع الفسخ من الصدوق و أبي علي، بل ظاهر الخبر المذكور سندا لهما عدم الصداق لها، و اقتصار الشيخ و غيره على الرجوع بالمهر من غير فسخ، و قد عرفت أنه خلاف ظاهرها، فتكون حينئذ شاذه لم يفت أحد بمضمونها، و بذلك يعلم قصورها عن معارضه قاعده اللزوم و استصحابه، خصوصا في النكاح الراجح فيه جهة اللزوم بدليل عدم صحه اشتراطها الخيار فيه، على أنه ربما لا- يكون غرور من الولي بذلك، و لا- نقص في المعارضه التي وقعت منه، ضروره عدم مدخله الزنا السابق في نقص الانتفاع بالبيع الذي هو المقابل بالمهر، فيقوى حينئذ عدم الفسخ و عدم الرجوع بالمهر أصلا، و لو قيل بأن له الفسخ في خصوص المهر و الرجوع إلى مهر المثل مع فرض نقصانه عن المسمى كان وجهها، و الله سبحانه هو العالم.

[المسأله الثالثه لا يجوز التعريض بالخطبه لذات العده الرجعيه]

المسأله الثالثه لا يجوز التعريض بالخطبه بالكسر و لو معلقه على فراق الزوج لذات البعل، بل و لا لذات العده الرجعيه من غير الزوج لأنها زوجه حكما فضلا عن التصريح إجماعا محكيا من غير واحد إن لم يكن محصلا، و هو الحجج مضافا إلى ما في ذلك من منافاه احترام العرض المحترم كالمال و الدم، و من إفساد الامراه على زوجها الذي ربما أدى إلى سعيها بالتخلص منه و لو بقتله بسم و نحوه كما وقع لجعيده بنت الأشعث زوجه الحسن عليه السلام لما خطبها معاويه بن أبي سفيان

لجروه يزيد (١)

نعم لا بأس بها تعريضا و تصريحاً للخليه من الزوج و العده، بل هي حينئذ مستحبه للتأسي (٢)

و لما فيها من تأليف قلبها و قلوب أوليائها، و ليست شرطا و لا واجبه اتفاقا.

و يجوز التعريض للمطلقة ثلاثا في العده من الزوج و غيره و لا يجوز فيها التصريح لها منه و لا من غيره قيل: للآيه (٣) منطوقا و مفهوما، و دعوى اختصاصها بعده الوفاء ممنوعه و إن كانت بائنا لكن ذلك لا يقتضى التخصيص، و يجوز تصريحاً بعد العده من غيره لا منه قبل المحلل، لحرمتها عليه دون غيره.

أما المطلقة تسعا للعهه ينكحها بينها رجلا و نحوها مما تحرم على الرجل ابدأ كالملاعنه و المرضعه فلا يجوز التعريض لها من الزوج في غير العده فضلا عنها، و يجوز من غيره للآيه (٤) و لا يجوز التصريح في العده منه و لا من غيره.

و أما المعتده البائنه سواء كانت عن خلع أو فسخ فيجوز التعريض من الزوج و غيره للآيه (٥) و عن الشيخ التردد في الغير من ذلك و من أنها في عده الغير مع جواز رجوعها إليه بنكاح و يجوز التصريح من الزوج في العده المضروبه احتراماً له، و لذا جاز له نكاحها فيها، فيجوز له حينئذ التصريح فيها دون غيره (١١) الذى لا يجوز له ذلك، و العمده في هذه الأحكام ما حكوه من الإجماع الذى به يتم اراده خصوص التعريض المرادف للتلويح المقابل للتصريح

١-١ البحار ج ٤٤ ص ١٤٨ و ١٤٩ و ١٥٤ و ١٥٥. و الجرو بتثليث الجيم: ولد الكلب.

٢-٢ الوسائل الباب-٤٢- من أبواب مقدمات النكاح و المستدرک الباب-٣٣- منها.

٣-٣ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٥.

٤-٤ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٥.

٥-٥ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٥.

من الآيه (١) و هو إيهام المقصود بما لا يوضع له حقيقه و لا مجازا و لا لازما بخلاف الكنايه المفهمه للمراد بذكر اللوازم.

و صورته التعريض أن يقول: رب راغب فيك أو حريص عليك و إن الله لسائق إليك خيرا و إنك لجميله و ما أشبهه من الأقوال و التصريح أن يخاطبها بما لا يحتمل إلا النكاح، مثل أن يقول إذا انقضت عدتك تزوجتك و نحو ذلك، لكن لا يخفى عليك احتياج دلاله الآيه (٢) على هذه التفاصيل إلى شىء آخر من إجماع و نحوه، خصوصا بعد خلو النصوص الوارده فيها عن ذلك، ف

فى الحسن أو الصحيح (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام «سألته عن قول الله عز و جل (٤) وَ لَكِنَّ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا، قال: هو الرجل يقول للمرأة قبل أن ينقضى عدتها أو اعدك بيت آل فلان، ليعرض لها بالخطبه، و يعنى بقوله إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا، التعريض بالخطبه، و لا يعزم عقده النكاح حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابَ أَجَلَهُ»

و خبر عبد الله بن سنان (٥)

«سألته أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز و جل (٦):

لَا تُوَاعِدُوهُنَّ - إلى آخرها - فقال: السر أن يقول الرجل، موعدك بيت آل فلان ثم يطلب إليها أن لا تسبقه بنفسها إذا انقضت عدتها، فقلت: فقوله إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا، قال: هو طلب الحلال فى غير أن يعزم عقده النكاح قبل أن يبلغ الكتاب أجله»

و خبر أبى حمزه (٧)

«سألته أبا الحسن عليه السلام عن قول الله عز و جل (٨) لَا تُوَاعِدُوهُنَّ - إلى آخرها - قال: يقول الرجل: أو اعدك بيت آل فلان، يعرض لها بالرفث و يرفث يقول الله عز و جل إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا، و القول المعروف

١- ١ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٥.

٢- ٢ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٥.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٣٧- من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ٢.

٤- ٤ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٥.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٣٧- من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ١.

٦- ٦ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٥.

٧- ٧ الوسائل الباب- ٣٧- من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ٣ عن على بن أبى حمزه.

٨- ٨ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٥.

التعريض بالخطبه على وجهها و حلها، و لا تَعَزِّمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ»

وخبر البصرى (١) عن أبي عبد الله عليه السلام «فى قول الله عز و جل إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا، قال: تلقاها فتقول: إنى فىك لراغب، و إنى للنساء لمكرم فلا تسبقينى بنفسك، و السر لا يخلو معها حيث وعدها».

ضروره كون المراد من هذه النصوص تفسير المواعده المنهى عنها و المتضمنه للقول المعروف المرخص فيها، و آخر الأخيره تفسير للسر المنهى عن مواعدهته، أعنى الخلوه بها، و إنما قال: «لا يخلو» لأن النهى راجع للخلوه إلا للتعريض للخطبه على وجهها و حلها، و كانوا يعرضون للخطبه فى السر بما يستهجن، فنهوا عن ذلك، كما يستفاد من روايه أبى حمزه، و

فى روايه العياشى عن الصادق عليه السلام (٢)

فى هذه الآيه «المراه فى عدتها تقول لها قولاً جميلاً ترغبها فى نفسك، و لا تقول:

أصنع كذا و أصنع كذا، القبيح من الأمر فى البضع و كل أمر قبيح».

و هى جميعاً كما ترى لا دلالة فيها على ما سمعته من الأصحاب، بل قد يقال:

استعمال التعريض فى المعنى المخصوص الذى ذكره شىء حادث، لا أن ذلك معناه لغه، فان لم يكن إجماع أمكن أن يقال: إن المراد و لو بمعونه الأخبار المزبوره نفى الجناح عن التعريض بالخطبه بما لم يستهجن و يعد من الفحش و مناف للحياء و نحو ذلك، و إن كان تصريح اللفظ مثل ما سمعته عن الصادق عليه السلام فى تفسير القول المعروف، و مثل

قوله صلى الله عليه و آله لفاطمه بنت قيس (٣)

«إذا حلت فآذنينى و لا تفوتينا نفسك»

بخلاف الألفاظ المستهجنه التى كانوا يستعملونها فى الخطبه، من ذكر الجماع و كثرته و نحو ذلك، على أن يكون المراد بالمواعده سرا نحو ذلك، و عبر عنه بالسر لأنه مما يسر به، قال امرئ القيس:

ألا زعمت بسباسه اليوم أننى كبير و أن لا يشهد السر أمثالى

١- ١ الوسائل الباب- ٣٧- من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ٥.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣٧- من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ٦.

٣- ٣ سنن البيهقى ج ٧ ص ١٧٨.

و قال الفرزدق:

موانع للإسرار إلا من أهلها و يخلفن ما ظن الغيور التقشف

يعنى أنهن عفائف يمنعن الجماع إلا من أزواجهن، و حينئذ يكون السر مفعولا به، و هو المنهى عنه، بخلاف القول المعروف، فالتصريح المنهى عنه فى مقابل التعريض هذا، لا التصريح بالنكاح على سنه الله و سنه رسول صلى الله عليه و آله.

أو يقال: إن المراد بالمواعده سرا الخلوه بها إلا للقول المعروف، لا للمفاكهه و التلذذ بها، و إرادته القبيح بهن كما حكاه

الرازى فى تفسيره، قال: «روى الحسن (١) أنه كان الرجل يدخل على المرأة و هو يعرض بالنكاح، فيقول لها دعيني أجامعك فإذا تمت عدتك أظهرت نكاحك».

و حاصل الآيه حينئذ أنه لا- جناح عليكم فى خطبه النساء أى طلبهن للنكاح و ذكرهن لذلك و فيما أكنتم فى أنفسكم من ذلك، لأن الله قد علم أنكم لا بد و إن تذكروهن فى أنفسكم و فى ألسنتكم، فرؤوف بكم و نفى الجناح عنكم فى ذلك كله، و إذن لكم فى ذكرهن للنكاح و خطبتهن، و لو كن فى عده وفاه أو غيرها من عده البائن فاذكروهن و اخطبوهن، و لكن لا تخطبوهن بأن تواعدوهن سرا أى جماعا و نحوه من الأشياء المستهجنه أو تواعدوهن خلوه إلا- للقول بالمعروف لا لغيره، و بذلك ظهر لك وجه الاستثناء متصلا و منقطعا، بل وجه الاستدراك، و أما ما سمعته من الأصحاب من الفرق بين التعريض و التصريح فيصعب استفادته تماما منها إلا بمعونه إجماعهم، و الله العالم.

و كيف كان ف لو صرح بالخطبه فى موضع المنع منه ثم انقضت العده فنكحها لم تحرم قطعا و إجماعا بقسميه، للأصل و العمومات بعد معلوميه عدم اقتضاء الإثم فى ذلك حرمه النكاح، كما هو واضح. و لعله نبه عليه لخلاف بعض العامه.

[المسألة الرابعة إذا خطب فأجابت قيل حرم على غيره خطبتها]

المسألة الرابعة إذا خطب منها فأجابت و لو بالسكوت الدال على ذلك أو من وليها الشرعى فأجاب قيل و القائل الشيخ فى بعض كتبه حرم على غيره خطبتها ل

قوله صلى الله عليه و آله و سلم (١)

«لا يخطب أحدكم على خطبه أخيه»

و حرمه الدخول فى سوم المؤمن الذى منه ذلك، بقرينه

قوله عليه السلام (٢)

«انه مستام يأخذ بأغلى ثمن»

و لوجوب الإجابة عليها، و لما فيه من إيذاء المؤمن و اثاره الشحاء، و فيه منع صحه الخبر المزبور و كونه مستاماً حقيقه و حرمه الدخول فى السوم و لزوم إجابته كفو المنع من اجابته آخر خصوصاً إذا رجح على الأول و لو بزياده ركونها إليه مع كون الأمر بيدها، فأصالة الجواز حينئذ سالمه عن المعارض و على تقدير الحرمة لو أثم و خطب و تزوج ذلك الغير كان العقد صحيحاً قطعاً، للأصل و العمومات، و عدم اقتضاء الإثم فى ذلك الفساد فى العقد الذى لم يتعلق به نهى، و هو واضح، كما أنه على ذلك التقدير أيضاً لا يحرم خطبه المسلم على الذمى، ضروره عدم الأخوه بينهما، كما هو واضح، و الأمر سهل.

[المسألة الخامسة إذا تزوجت المطلقة ثلاثاً فلو شرطت فى العقد أنه إذا حللها فلا نكاح بينهما بطل العقد]

المسألة الخامسة إذا تزوجت المطلقة ثلاثاً، فلو شرطت فى العقد على المحلل أنه إذا حللها فلا نكاح بينهما بمعنى ارتفاعه بنفسه بعد حصول ما يتحقق به التحليل بطل العقد لأنه ليس من حقيقه النكاح فى شىء، لا من الدائم و لا من المنقطع، فإنه نكاح منقطع بالإصابه، و ليس ذلك بنكاح شرعى، و عن المبسوط الإجماع عليه، بل

عنه صلى الله عليه و آله و سلم (٣)

١- ١ سنن البيهقى ج ٧ ص ١٧٩.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣٦- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٨ و ١.

٣- ٣ سنن البيهقى ج ٧ ص ٢٠٨.

«لعن المحلل و المحلل له»

و تسميته التيس المستعار، و إن كان الظاهر إرادته كراهه الفرد الصحيح منه، لا ما نحن فيه الذى قد عرفت فساد العقد فيه.

هذا و لكن ربما قيل بصحة العقد فى الفرض، و يلغو الشرط بل نسب إلى الشيخ و لم نتحققه، نعم فى المسالك «هو بابن إدريس أنسب، لأنه صرح فى غير موضع من النكاح و غيره أن فساد الشرط لا يفسد العقد، محتجا عليه بعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) و لأنهما شيئان كل منهما منفك عن الآخر، فلم يلزم من بطلان أحدهما بطلان الآخر- و رده- بأن المراد من الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه من صحه و بطلان، سلمنا أن المراد به العمل بمضمونه لكنه مشروط بوقوعه صحيحا بالتراضى، و لم يحصل هنا، و انفكاك العقد عن الشرط فى نفسه مسلم لكنه فى العقد المخصوص مرتبط به، لأن التراضى انما وقع كذلك».

قلت: قد عرفت فى كتاب البيع تمام البحث فى ذلك، إلا أن الظاهر عدم التزامه بما هو نحو المقام مما كان الشرط فيه راجعا إلى نقض العقد و إلى عدم قصد معنى النكاح المعتبر شرعا، اللهم إلا أن يقال بعد مشروعيه الانقطاع فى النكاح لم يفسد بقصده فيه، على أن المقصود هنا النكاح الدائم و اشتراط ارتفاعه بما يؤكد كون المراد ذلك، و لكن أراد ارتفاعه بالشرط، فبيتنى حينئذ على مسأله اقتضاء فساد الشرط فساد العقد و عدمه، إذ لا كلام فى فساد الشرط هنا، لمخالفته ما دل من الكتاب و السنه على عدم ارتفاع النكاح إلا بالطلاق، و دعوى شرعيته (٢) شرط كل نتيجته مشروعته بسببها- فيقوم هو حينئذ مقام كل سبب يقتضى ذلك من غير فرق بين النكاح و الطلاق و العتق و بين غيرها- و اضحه الفساد بعدم دليل يقتضى ذلك كما أوضحناه فى محله.

و على كل حال ف لو شرطت الطلاق على المحلل مثلا قيل و القائل الشيخ فى محكى الخلاف و المبسوط يصح النكاح و يبطل الشرط بل

١-١ سورة المائدة: ٥- الآيه ١.

٢-٢ هكذا فى النسخه الأصلية.

لعله لازم لابن إدريس وغيره ممن لا يرى بطلان العقد ببطلان الشرط، والمراد ببطلانه عدم لزوم الوفاء به، و ظاهرهم المفروغيه من بطلان الشرط، بل في المسالك انه متفق عليه، و لو لا ذلك لأمكن المناقشه فيه بأن مقتضى عموم

«المؤمنون» (١)

و غيره الصحه نحو البيع المشترط فبه الإقاله، و ليس اشتراط ذلك منافيا لقصد النكاح، بل و لا لدوامه كما أنه ليس اشتراط ما يحصل به الفسخ اشتراطا للفسخ حتى يكون نحو الأول، اللهم إلا- أن يقال: إن اشتراط الطلاق يرشد إلى عدم قصد النكاح الدائم، بل المنقطع لا على الوجه المعتبر فيفسد، لكنه كما ترى. و يمكن أن يكون نسبه ذلك إلى القيل هنا و القواعد إشاره إلى ما ذكرناه من احتمال الصحه، فيهما، و يمكن أن يكون ذلك لاختيارهما اقتضاء بطلان الشرط ببطلان العقد، و فيه أنه مناف لجزمهما بالبطلان في الأول دونه.

و في كشف اللثام أن الداخلة في حيز القيل المؤمناً إلى تمييزه قول القائل بعد ذلك و إن دخل فلها مهر المثل باعتبار بطلان الشرط الذى له قسط من المهر، لأنها إنما رضيت به لأجل الشرط، فإذا سقط زيد على المسمى مقدار ما نقص لأجله، و هو مجهول، فتطرق حينئذ الجهل إليه، و يبطل بذلك، فترجع إلى مهر المثل، و إلا فالوجه أن العقد صحيح قولاً واحداً، فان الخلاف إنما هو فيما إذا اقترن بشرط فاسد، و قد عرفت أنه غير لازم لا فاسد كالأول.

قلت: قد صرح ببطلان العقد في جامع المقاصد و المسالك، و أنه من مسأله اقتضاء بطلان الشرط ببطلان العقد، و هو كذلك كما لا- يخفى على من لا- حظ تلك المسأله و أدلتها التي لم يفرق فيما بين الشرائط حتى مثل هذا الشرط الذى ثبت بطلانه بالإجماع المحكى و إن كان مقتضى العمومات صحته، فظهر حينئذ من ذلك أنه لا وجه لصرف القيل إلى ما ذكره، على أنه لا وجه للنظر في الرجوع إلى مهر المثل، اللهم إلا أن يقال: إن بطلان الشرط لا يقتضى ذلك، فإنه ليس جزءاً

للمسمى، و لو سلم مدخليته فلا أقل من أن يسلب على الخيار فى المسمى، لا أنه يبطله و يحقق مهر المثل، و كيف كان فعلى القول ببطلان العقد ببطلان الشرط يجب بالدخول مهر المثل مع جهلها بالتحريم، و إلا فلا مهر لبغى، هذا كله فيما إذا صرح بالشرط فى العقد سواء كان الطلاق أو ارتفاع النكاح.

أما لو لم يصرح بالشرط فى العقد و كان ذلك إلى الطلاق أو ارتفاع النكاح فى نيته أو نيه الزوجه أو الولي لم يفسد شىء من العقد و لا من المهر بلا خلاف أجده فيه، بل فى كشف اللثام لعله موضع وفاق، بل فى المسالك هو كذلك، و هو الحجه مضافا إلى العمومات، لكنه مكروه كما عن المبسوط و الخلاف، نعم فى كشف اللثام لا بد من أن يكونا استعمالا للنكاح فى حقيقته لكنهما يظنان أنه يرتفع بالتحلل أو نيويان إيقاعه بعده، فلو أدخلاهما أو أحدهما فى معنى النكاح لم يصرح الأول، لما عرفت من خروجه عن حقيقه النكاح، و ربما احتمل الثانى الفساد على قياس ما مر فى اشتراط الطلاق، قلت: و كذا لو كان من نيتهما الاشتراط على وجه أوقعا العقد عليه و إن لم يذكره فى متنه، فإنه يأتى فيه البحث فى أن الشرط المضممر كالمذكور أولا، و لعل الأول لا يخلو من قوه، و من ذلك يعلم أن اسم الإشاره و نحوه فى المتن و غيره راجع إلى الارتفاع أو الطلاق لا على وجهه الاشتراط و إن كان اللفظ قد يوهم ذلك، بل ربما أو همه عباره المسالك، لكن التحقيق ما عرفت.

و على كل حال فاعلم أن كل موضع قيل فيه يصرح العقد فمع الدخول الذى يحصل به التحليل تحل الامراه للمطلق الأول مع الفرقه و انقضاء العده بلا خلاف و لا إشكال، لحصول الشرط و كل موضع قيل فيه يفسد العقد لا تحل (١١) و إن دخل بها شبهه لأنه لا يكفى الوطء (١٢) فى التحليل ما لم يكن عن عقد صحيح (١٣) بلا خلاف و لا إشكال أيضا، و بذلك تظهر الثمره فيما سمعته سابقا من القول بفساد الشرط و العقد و القول بفساد الشرط خاصه، ضروره عدم حصول التحليل بالأول و إن حصل الوطء شبهه، بخلافه على الثانى،

فإنه يحصل التحليل، لكون المفروض صحة العقد، و هو مع الدخول كاف و إن فسد المسمى، كما هو واضح، و الله العالم.

[المسألة السادسة نكاح الشغار باطل]

إشاره

المسألة السادسة نكاح الشغار بكسر الشين و فتحها و الغين المعجمتين محرم و باطل عندنا، بل الإجماع بقسميه عليه، بل لعل المحكى منهما متواتر، مضافا إلى

النبوى (١)

«لا شغار فى الإسلام»

و فى

خبر آخر «أنه صلى الله عليه و آله و سلم نهى عنه (٢)

فما عن أبى حنيفة و جماعه من صحته و بطلان المهر خاصه اجتهاد فى مقابله النص و الإجماع، و الظاهر أن الإضافه فيه بيانيه من باب اضافه العام إلى الخاص، قال فى الصحاح:

«الشغار بكسر الشين نكاح كان فى الجاهليه، و هو أن يقول الرجل لآخر: زوجنى ابنتك أو أختك على أن أزوجك أختى أو ابنتى على أن صداق كل واحده منهما بضع الأخرى كأنهما رفعا المهر و أخليا البضع عنه» و إن كان تفسيره بما سمعت كما عن المجمع جريا على طريقه أهل الأدب فى تعريف الأشياء ببعض لوازمها، بل ربما وقع ذلك فى بعض الأخبار أيضا ك

مرفوع ابن جمهور عن أبى عبد الله عليه السلام (٣) قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن نكاح الشغار و هى الممانحه، و هو أن يقول الرجل للرجل:

زوجنى ابنتك حتى أزوجك ابنتى على أن لا مهر بيننا».

و لكن من المعلوم أن الشغار ليس هذا القول، بل هو أن يتزوج امرأتان برجلين على أن يكون مهر كل واحده نكاح الأخرى بمعنى العقد

١- ١ الوسائل الباب- ٢٧- من أبواب عقد النكاح الحديث ٢ و سنن البيهقى ج ٧ ص ٢٠٠.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٧- من أبواب عقد النكاح الحديث ٣ و سنن البيهقى ج ٧ ص ٢٠٠.

المشتمل على ذلك،

قال الصادق عليه السلام فى خبر غياث بن إبراهيم (١) قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «لا- جلب و لا- جنب و لا شغار فى الإسلام، و الشغار أن يزوج الرجل ابنته أو أخته و يتزوج هو ابنه المزوج أو أخته و لا يكون بينهما مهر غير تزويج هذا من هذا و هذا من هذا»

بل هو المراد من

قول أبى جعفر عليه السلام فى مرسله ابن بكير (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام أو أبى جعفر عليه السلام «نهى عن نكاح المرأتين ليس لواحد منهما صداق إلا بضع صاحبها و قال عليه السلام: لا يحل أن ينكح واحد منهما إلا بصداق أو نكاح المسلمين»

و فى محكى القاموس «الشغار بالكسر أن تزوج الرجل امرأه على أن يزوجك أخرى بغير مهر، صداق كل واحد بضع الأخرى أو يخص به القرائب» بل المحكى عن الفقهاء أجمع أنهم يأخذون فى تعريفه العقد، و فى القواعد «هو جعل نكاح امرأه مهر أخرى، فيبطل نكاح الممهوره، و لو دار بطلا» و فى كشف اللثام فى تفسيرها «هو جعل نكاح امرأه أى بعضها، و هو الاستمتاع بها، فالنكاح بمعنى الوطاء، مهر أخرى، فيبطل نكاح الممهوره، للزوم تشريك البضع بين كونه للزوج و كونه مهرا للزوجه، مع أن البضع لا- يصلح أن يكون مهرا، و قيل بلزوم تعليق النكاح، و لو دار الأمر بأن يجعل بضع كل مهرا للأخرى بطلا، و فى أكثر الأخبار الاقتصار فى تفسيره على الآخر المشتمل على الدور».

و فيه أنه لا داعى إلى اعتبار النكاح بمعنى الوطاء مهرا فيه، بل قد سمعت ما يقتضى كون الشغار جعل العقد فيه على امرأه مهرا فى العقد على أخرى، نعم وقع فى جملة من العبارات فى أثناء البحث ذكر البضع مهرا، لكن من المعلوم عدم كون المراد اعتبار ذكر نفس البضع فيه مهرا على وجه يقول: «زوجتك بنتى ببضع بنتك» و الآخر كذلك، ضروره منافاته لما سمعته من النص و الفتوى و معاهد الإجماعات، بل تعليل الفساد بأنه اشتراط عقد فى عقد و غير ذلك، بل المراد أن البضع هو المهر فى الواقع باعتبار كونه هو نتيجة العقد و ثمرته.

و من ذلك يعلم ما فى ضابطه الذى جعله فى آخر المبحث قال: «و الضابط أن

١- ١ الوسائل الباب- ٢٧- من أبواب عقد النكاح الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٧- من أبواب عقد النكاح الحديث ١.

كل نكاح جعل البضع فيه مهرا أو جزءه أو شرطه فهو باطل، وإن جعل النكاح مهرا أو جزءه أو شرطه في نكاح بطل المسمى دون النكاح، وإن جعل شرطا في النكاح فإن علق به بطل قطعا وإلا فالظاهر فساد الشرط، و يحتمل فساد المشروط أيضا» اللهم إلا- أن يريد في الثانى النكاح بمهر أو تفويض مثبت لمهر المثل، لا أن المراد عدم تحقق الشغار بقصد كون النكاح مهرا فى النكاح، وأنه لا مهر بينهما إلا هذا، وإلا كان مخالفا لصريح ما سمعته من النص وغيره.

و أما قوله: «مهرا أو جزء مهر أو شرطه» فقد تبع فيه الفاضل فى القواعد قال فيها: «لا فرق أى فى تحقق الشغار بين أن يكون البضع مهرا أو جزءه، فلو قال:

زوجتك بنتى على أن تزوجنى بنتك و يكون بضع كل واحد مع عشره دراهم صداقا للأخرى بطل، أى إذا زوج المخاطب بنته كذلك، و هو مع أنه لم يذكر الشرط فيها يمكن منع تحقق الشغار بذلك، لما سمعته من اعتبار عدم مهر غير نكاح كل منهما فى النصوص الثلاثة (١)

و الصحاح و القاموس، بل لم أعرف من صرح بذلك قبله سوى ما فى الإسعاد شرح الإرشاد، لبعض العامه، فإنه قال: «و يدخل تحت قوله فى المتن: و اصداق كل بضع الأخرى ما إذا ضم إلى البضع مال فى الجانبين أو فى أحدهما كان يزوج ابنته من آخر بشرط أن يزوجه الأخر ابنته و مهر كل منهما ألف و بضع الأخرى أو و بضع كل منهما مهر الأخرى مع اشتراط ألف لأحدهما، و أظهر القولين فيه البطلان».

و ظاهره الخلاف فى ذلك، و لعل عدم كونه شغارا لا يخلو من قوه لما عرفت، بل لولا ما يظهر من الأصحاب من عدم اعتبار الدوريه فيه لأمكن اعتبارها فيه، فلا شغار حينئذ مع عدم الدور، لكونه اسما لنكاح الامراتين على الوجه المزبور، لا أنه للنكاح الذى يكون المهر فيه نكاح المرأه الأخرى و لو بمهر غير نكاح الأولى كى يتحقق حينئذ فى واحده دون الثانية، بل قد يقال انه متى جعل النكاح مهرا لزمه العكس، ضروره كون المهر فى النكاح كالعوض فى غيره، و لا ريب فى

أن معنى المعاوضه لا يتحقق في طرف دون الآخر، فالمراد بالشغار حينئذ النكاح الذى يكون عوضه نكاح، فيكون الدور لازما له لكن ظاهر ما تسمعه من المصنف وغيره المفروغيه من ذلك، و لعل مثله كاف في إثبات موضوع اللفظ إن كان ذلك منهم على وجه النقل و إلا- كان للنظر فيه مجال، خصوصا مع ملاحظه قاعده الاقتصار على المتيقن فيما خالف القواعد، و ما ورد في تفسيره في النصوص (١)

السابقه و الصحاح و القاموس و غيرها، نعم قد يشعر ذيل مرسله ابن بكير (٢)

بتحققه في طرف واحد فتأمل جيدا، و على كل حال فالمحرم منه و الفاسد ما عرفت.

أما لو زوج الوليان مثلا كل منهما صاحبه و شرط لكل واحده مهرا معلوما فإنه يصح قطعاً بلا خلاف و لا إشكال فيه، لعدم كونه من الشغار، و إن كان الداعى لكل منهما تزويجه الآخر بل لو لم يذكر مهرا صح النكاح أيضا، و كانتا مفوضتين بعد فرض عدم قصد إمهارة كل منهما نكاح الأخرى في متن العقد و لا في التواطؤ بناء على أنه كالمذكور فيه، لا طلاق ما سمعته في تفسيره.

و لو زوج أحدهما أو كل منهما الآخر تفويضا أو بمهر معلوم و شرط أن يزوجه الأخرى بمهر معلوم صح العقدان للعمومات و بطل المهر المسمى لأنه شرط مع المهر تزويجا و هو أى التزويج غير لازم خصوصا و قد اشترط على غير الزوجه، فلا يلزمها الوفاء، و يلزم من عدم لزومه عدم لزوم المشروط و النكاح لا يدخله الخيار فلا يجوز أن يجعل شرطا له، و إلا لزم الخيار فيه إذا لم يتحقق الشرط، فلا بد من أن يكون شرطا للمسمى و يلزم منه أن يكون جزء منه، كما أن الأجل جزء من الثمن أو المثل و هو أمر مجهول فيوجب جهل المسمى ف يبطل، و يكون لها مهر المثل (١١) كما هو الضابط في كل مهر فاسد.

و فيه تردد (١٢) من أنه شرط فاسد اشتمل عليه العقد، فينبغى أن يفسد، و لا يجدى الضم إلى المهر، فإنه لا يخرج عن الاشتراط في العقد، أو أنه لا يلزم من

١-١ الوسائل الباب-٢٧- من أبواب عقد النكاح.

٢-٢ الوسائل الباب-٢٧- من أبواب عقد النكاح الحديث-١.

عدم قبول النكاح للشرط أن لا يشترطه العاقد، فينبغي التفصيل بأنه إن شرط به النكاح بطل، و إن شرط به المهر بطل المهر دونه، أو من أنه شرط سائغ يمكن الوفاء به إذا كان الزوج كفوا و كان للولى قهر المولى عليها على النكاح أو رضيت المولى عليها، و جواز الشرط لا يوجب جواز المشروط، بل لزوم المشروط يوجب لزوم الشرط، أو منع أن فساد الشرط يوجب فساد المشروط، فلا يفسد المهر إن شرط فيه، و لا النكاح إن شرط، أو منع صحة العقد لتحقق الشغاريه فيه باشتراط التزويج الذى هو جزء من المهر بناء على ما عرفت من عدم الفرق فيه بين كون التزويج مهرا أو جزء مهرا أو كالجزاء و كذلك الكلام فيما لو زوجه و شرط أن ينكحه الزوج فلانها و لم يذكر مهرا ضروره عدم الفرق فيما سمعت بين اشتراط التزويج مع ذكر المهر و عدمه، كما هو واضح.

[تفريع لو قال زوجتك بنتى على أن تزوجنى بنتك على أن يكون نكاح بنتى مهرا لبنتك صح نكاح بنته و بطل نكاح بنت المخاطب]

تفريع:

لو قال: «زوجتك بنتى على أن تزوجنى بنتك على أن يكون نكاح بنتى مهرا لبنتك» صح نكاح بنته التى لم يجعل نكاح بنت المخاطب مهرا لها، فلا شغار بالنسبه إليها و بطل نكاح بنت المخاطب إذا زوجها كذلك، لتحقق الشغار بالنسبه إليها و لو قال: «على أن يكون نكاح بنتك مهرا لبنتى» بطل نكاح بنته لتحقق الشغار بالنسبه إليها و صح نكاح بنت المخاطب التى لم يجعل مهرا نكاح بنت القائل، فلا شغار كما هو واضح بناء على عدم اعتبار الدوريه فى الشغار الذى قد عرفت المناقشه فيه، خصوصا بعد عدم العثور عليه من قدماء الأصحاب و غيرهم من العامه، و انما ذكره فى الإسعاد أيضا، قال: «لو قال:

زوجتك ابنتى على أن تزوجنى ابنتك و بضع بنتك صداق لبنتى و قبل ثم زوجه صح النكاح الأول و بطل الثانى، و إن قال: و بضع بنتى صداق لبنتك صح و بطل الأول بناء على التشريك، فيبطل نكاح من جعل بضعها صداقا، للتشريك فيه

خاصه» و هو و إن كان صريحا في تحقق الشغار من جانب، لكنه كأنه مخالف لما ذكروه من جعل الباطل من كان مهرها بضعا، بل مناف لما ذكروه من أن الأقوى كون مبطل الشغار التثريك في البضع.

بل في المسالك جعل الضابط في مسألتنا ذلك، فإنه بعد أن ذكر نحو ما سمعته من المتن قال: «و الضابط أن البضع المشترك يبطل نكاحه، و البضع المنفرد يصح عملا بقاعده الشغار» مع أن الذي يتحقق التثريك فيه من جعل بعضها صداقا، ضروره كونه حينئذ مستحقا للزوج بالعقد و للامراه بالمهر لا العكس، فإنه لا تثريك، و لعله لذا خصه في الإسعاد بما عرفت، اللهم إلا أن يقال: إن التثريك في كل منهما غير متحقق إلا بنكاح الثانيه على حسب ما وقع في عقد الاولى، و حينئذ يتحقق التثريك في القسمين.

نعم يبقى السؤال عن تخصيص الأصحاب بعد القول بعدم اعتبار الدور فيه هذا الفرد بالشغار دون من جعل بضعا صداقا و تخصيص الإسعاد العكس، مع أن الذي ورد في تفسيره ما سمعته من النص (١)

و غيره قد اشتمل على جعل المهر بضعا و البضع مهرا، فمع فرض عدم اعتبار الدور فيه يتجه تحققه بكل منهما، اللهم إلا أن يقال: إن الأصحاب قد فهموا اختصاص الفرد الذي ذكروه من ظاهر النصوص المتقدمه التي محط النظر فيها كون المهر بضعا و إن لزم الدورى منه العكس أيضا، إلا أنه لا ينكر ظهورها في الأول، و خصوصا مع ملاحظه الذيل في مرسل ابن بكير (٢)

فتأمل جيدا فإنه ربما دق.

و على كل حال فلا- شغار فيما لو قال: «زوجتك جاريتى على أن تزوجنى بنتك و تكون رقبه جاريتى صداقا لبنتك» و صح النكاحان، أما نكاح الجاريه فلا أنه لم يشتمل على شغار، و إنما اشترط فيه شرط لا يجب الوفاء به، بناء على ما عرفت، فيفسد نفس الشرط، و أما نكاح البنت فلقبول الرقبه للنقل، و هى التى جعلت مهرا، و ليس نكاحها تثريكا للمرأة و الزوج فيما تناوله عقد النكاح- و هو البضع- ليكون

١-١ الوسائل الباب- ٢٧- من أبواب عقد النكاح الحديث ٢.

٢-٢ الوسائل الباب- ٢٧- من أبواب عقد النكاح الحديث ١.

شغاراً، فإن الرقبه غير البضع و إن تبعها، و بطل المهر لكل منهما إن زوجه الآخر بنته على تزويج الجارية و كون الرقبه مهراً لأنه شرط نكاح إحداهما فى الأخرى، و قد عرفت أنه ليس شرطاً للنكاح، فجعل جزء المهر نكاح البنت و مهراً لنكاح الجارية و هو مجهول، فيجهل المهر المسمى فيبطل، و يجب مهر المثل لكل منهما، و إن كان فى ذلك كله ما عرفت. و لو زوج عبده من امرأه و جعل رقبته صداقاً لها بطل المهر، لأن صحته يؤدي إلى فساد، إذ هى تقتضى ملكه، و هو يمنع العقد، فيبطل المهر حينئذ و يثبت مهر المثل، و يصح العقد على الأقوى.

و كيف كان فالأقوى أن بطلان الشغار للنهى عنه المقتضى للفساد فى المعامله على ما حققناه فى الأصول، لا لأنه تعليق بمعنى أنه علق فيه التزويج على التزويج، ضروره عدم اعتبار التعليق فيه فى متن العقد، بل هو غير مقصود للمتعاقدين به، و إنما قصدهما إلزام كل منهما الآخر بالتزويج بلا- مهر غير البضع، و هو المسمى فى عرفنا الآن بالمباضعه، و لا لأنه اشتراط عقد فى عقد، ضروره عدم اقتضاء ذلك الفساد، و قد سمعت تصريحهم بالصحة فى اشتراط النكاح فى النكاح بمهر معلوم، و لا لاشتراك البضع بين الامرأه المجمعول فى مهرها و بين الرجل الذى وقع له عقد النكاح، فأشبهه نكاح الامرأه من رجلين، مضافاً إلى عدم قابليه البضع مهراً، ضروره اقتضاء ذلك كله فساد المهر لا العقد و لا ملازمه بينهما فى النكاح.

و من هنا ذهب أبو حنيفه إلى صحه نكاح الشغار و الرجوع الى مهر المثل لكن يردده ما سمعت من اقتضاء النهى عنه الفساد، و دعوى رجوع النهى إلى المهر لا- إلى أصل النكاح يدفعه أنه واقع عن الشغار، و هو اسم للنكاح المخصوص، بل لا ينكر ظهور النصوص (١)

المزبوره فى إرادته النهى عنه من حيث كونه شغاراً نحو النهى (٢)

عن بيع الحصاه و الملامسه، و حليه أصل النكاح لا ينافى ذلك، و لعل هذا

١-١ الوسائل الباب- ٢٧- من أبواب عقد النكاح.

٢-٢ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب عقد البيع و شروطه الحديث ١٣ من كتاب التجاره.

أولى من تعليل الفساد بما سمعت و إن كان الذى وقفت عليه ممن تعرض ذلك من أصحابنا تعليله بما عرفت، و فى المسالك و كشف اللثام اختيار التعليل فيها بالاشتراك بالضع الذى يمكن منع حصوله فى شغار المملوكتين اللتين لا يملكان المهر، بل قد يمنع فيما أثبتوه من الشغار فى جانب كما فى المثال الذى سمعته، فإنه ليس فيه بضع مشترك بين الامراه و بين الرجل، و كأنهم تبعوا بعض العامه فى تعليل الفساد، لكن الذى حكاه فى شرح الإسعاد عن الامام منهم أنه أبطل تعليل الفساد بالاشتراك و بالتعليق، و جعل منشأ الفساد النهى كما قلناه.

ثم لا فرق فى حرمه الشغار و فساده بين الدائم و المنقطع، بل يمكن جريانه فى التحليل بناء على أنه عقد، لكن ينافيه ما سمعته فى تفسيره مما لا يشمل التحليل، و لا ريب فى أن الأحوط اجتنابه، و الله العالم.

[المسألة السابعة يكره العقد على القابله إذا ربه و بنتها]

المسألة السابعة يكره العقد على القابله إذا ربه و بنتها للنهى عنه

فى خبر إبراهيم بن عبد الحميد (١)

«سألت أبا الحسن عليه السلام عن القابله تقبل الرجل أ له أن يتزوجها؟

فقال: إن كان قد قبلته المره و المرتين و الثلاثه فلا بأس، و إن كانت قد قبلته و كفلته فإنى أنهى نفسى عنها و ولدى»

و فى خبر آخر (٢)

«و صديقى»

و خبر عمرو بن شمر (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام «قلت له: الرجل يتزوج قابله، قال: لا و لا ابنتها»

و خبر أبى بصير (٤) عنه عليه السلام أيضا «لا يتزوج المرأه التى قبلت و لا ابنتها»

و خبر جابر بن يزيد (٥) عن أبى جعفر عليه السلام «سألته عن القابله أ يحل للمولود أن ينكحها؟

١- ١ الوسائل الباب- ٣٩- من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ٧.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣٩- من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ٧.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٣٩- من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ٣ عن أبى جعفر عليه السلام.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٣٩- من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ٨.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٣٩- من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ١.

قال: لا ولا ابنتها هي كبعض أمهاته»

و خبر إبراهيم (١)

«إذا استقبل الصبي القابله بوجهه حرمت عليه و ولدها»

المحمول على الكراهه، للإجماع ظاهرا على الحل الذي هو مقتضى الأصل، و خصوص

صحيح البيهقي (٢)

«قلت للرضا عليه السلام يتزوج الرجل المرأة التي قبلته، فقال: سبحان الله ما حرم الله عليه من ذلك»

المؤيد بإشعار الخبر الأول بها، فما في محكى المقنع من التعبير بعدم الحليه واضح الضعف، أو يراد منه الكراهه أيضا.

لكن ظاهر المتن و صريح المسالك اختصاص الكراهه بالمرييه، و لعله للخبر الأول، و ل

قول الصادق عليه السلام في خبر ابن عمار (٣) المسؤول عن حل القابله للمولود:

«إن قبلت و مرت فألقوا بل أكثر من ذلك، و إن قبلت و ربت حرمت عليه»

إلا- أن الأولى الجمع بين النصوص بشده الكراهه و خفتها، و في شمول الكراهه للبنت و إن نزلت و لبنت الابن كذلك وجهه، كالوجه في كراهه نكاح ولدها البنت التي قبلتها، بل قد يحتمل كراهه أمهات القابله و أختها لا طلاق المنزله، نعم الظاهر تحقق الكراهه بالنسبه إليها أيضا، فيكره لها أن تتزوجه، كما يكره له أن يتزوجها، لأن ذلك مقتضى حرمتها عليه، و إلا فلا ملازمه بين الكراهتي، و النهي في أكثر النصوص متوجه إليه كما هو واضح.

و يكره أيضا أن يزوج ابنه بنت زوجته من غيره إذا ولدتها بعد مفارقتها ل

خبر إسماعيل بن همام (٤) قال: «قال أبو الحسن عليه السلام: قال محمد بن علي في الرجل يتزوج المرأة و يزوج ابنتها ابنه ففارقها و يتزوجها آخر فتلد منه بنتا فكره أن يتزوجها من ولده، لأنها كانت امرأته فطلقها، فصار بمنزله الأب كان قبل ذلك أبا لها»

و هو القرينه على إرادتها من البأس في مفهوم

خبر الهاللي (٥)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة و يزوج ابنه ابنتها، قال: إن كانت الابنه لها قبل أن يتزوج بها فلا بأس»

-
- ١-١ الوسائل الباب- ٣٩- من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ٤.
 - ٢-٢ الوسائل الباب- ٣٩- من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ٤.
 - ٣-٣ الوسائل الباب- ٣٩- من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ٢.
 - ٤-٤ الوسائل الباب- ٢٣- من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ٥.
 - ٥-٥ الوسائل الباب- ٢٣- من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ٤.
 - ٦-٦ الوسائل الباب- ٢٣- من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ٤ بطريق الصدوق قده.

أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة و لها ابنه من غيره أ يزوج ابنه ابنتها؟

قال: إن كانت من زوج قبل أن يتزوجها فلا بأس، وإن كانت من زوج بعد ما تزوجها فلا.

و احتمال إرادته الحرمة بقريته هذا النهي يدفعه العمومات و الإجماع على الظاهر، و خصوص

صحيح العيص بن القاسم (١) عن أبي عبد الله عليه السلام «سألته عن الرجل يطلق امرأته ثم خلف عليها رجل بعد فولدت للآخر فهل يحل ولدها من الآخر لولد الأول من غيرها؟ قال: نعم، و سألته عن رجل أعتق سريره له ثم خلف عليها رجل بعده ثم ولدت للآخر يحل ولدها لولد الذي أعتقها؟ قال: نعم».

بل في كشف اللثام لا كراهه لابن السريه من غيره على ابنه، للأصل من غير معارض و الصحيح المزبور، قلت: و

خبر العقرفوفى (٢)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له الجارية يقع عليها يطلب ولدها فلم يرزق منها ولدا فوهبها لأخيه أو باعها فولدت له أولادا أ يزوج ولده من غيرها ولد أخيه منها؟ قال: أعد على فأعدت عليه، قال: لا بأس»

و خبر على بن إدريس (٣)

«سألت الرضا عليه السلام عن جارية كانت فى ملكى فوطأتها ثم خرجت من ملكى فولدت جارية يحل لا بنى أن يتزوجها؟ قال: نعم لا بأس به، قبل الوطء و بعد الوطء واحد».

و لعله لذلك اقتصر المصنف و غيره على ذكر الكراهه فى غيرها لكن قد يشعر بها

خبر الحسين بن خالد الصيرفى (٤)

«سألت أبا الحسن عليه السلام عن هذه المسألة، فقال: كررها على، قلت له: إنه كانت لى جارية فلم ترزق منى ولدا فبعته، فولدت من غيرى ولى ولد من غيرها، فأزوج ولدى من غيرها ولدها، قال: تزوج ما كان لها من ولد قبلك يقول قبل أن تكون لك»

بل منه يستفاد عدم اختصاص الكراهه فى نكاح الولد بنت الزوجه، بل يكره نكاح ابنها لبنت الزوج لتناول لفظ الولد للجميع، مضافا إلى إشعار التنزيل منزله الأب فى خبر إسماعيل بن همام

١- ١ الوسائل الباب- ٢٣- من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٣- من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ٢.

٣-٣ الوسائل الباب-٢٣- من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ٦.

٤-٤ الوسائل الباب-٢٣- من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ٣.

المتقدم فى عموم المنزله، فيكره له أن يتزوج بنت بنتها مثلا، لصيرورته بمنزله الخال لها، و بنت أمها، لصيرورته بمنزله العم لها.

و ربما أوماً إليه

خبر محمد بن عيسى (١) قال: «كتبت اليه خشف أم ولد عيسى بن على بن يقطين فى سنه ثلاثين و مأتين تسأل عن تزويج ابنتها من الحسين بن عبيد، أخبرك يا سيدى و مولاي أن ابنه مولاك عيسى بن على بن يقطين أملكها من ابن عبيد بن يقطين، فبعد ما أملكها ذكروا أن جدتها أم عيسى بن على بن يقطين كانت لعبيد بن يقطين ثم صارت إلى على بن يقطين فأولدها عيسى بن على، فذكروا أن ابن عبيد قد صار عمها من قبل جدتها أم أبيها أنها كانت لعبيد بن يقطين، فأريك يا سيدى و مولاي أن تمن على مولاتك بتفسير منك، و تخبرنى هل تحل له؟ فان مولاتك يا سيدى فى غم الله به عليهم، فوقع فى هذا الموضع بين السطرين إذا صار عما لا تحل له، و العلم والد و عم»

بناء على أن المراد فى السؤال كونه بمنزله العم باعتبار أن أم عيسى كانت موطوءه لأبى الحسين بن عبيد الذى ملك البنت، كى يكون الجواب محمولا على ضرب من الكراهه، لا أن المراد أنها كانت أما للحسين، ضروره أن ذلك لا ينبغى أن يسأل عنه، فإنه عم لها حقيقه، لأنه أخو أبيها من أمه، و الله العالم.

و كيف كان ف لا بأس و لا كراهه ب نكاح ابنه ل من ولدتها قبل نكاح الأب للأصل و خبرى ابن الجهم المتقدمين، و التنزيل بمنزله الأب إنما هو فيمن تلده بعد نكاحه لا قبله و إن كانت هى ربيبه له أيضا، مع احتمال له لأولويه تنزله منزله الأب لها من المتأخره، و يكون التفصيل فى خبرى ابن الجهم لبيان شدة الكراهه، فتأمل و الله العالم.

و يكره أيضا أن يتزوج بمن كانت ضره لامه قبل أبيه بل و بعده ل

خبر زراره (٢)

«سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: ما أحب للرجل المسلم أن يتزوج امرأه كانت ضره لامه مع غير أبيه»

و لعل المصنف فهم من المضى هنا التقدم على نكاح الأب، فلذا خص الكراهه به، و لكنه غير متعين، بل الظاهر

١-١ الوسائل الباب-٢٣- من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ٧.

٢-٢ الوسائل الباب-٤٢- من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ١.

التقدم على التزويج.

و كذا يكره أيضا التزويج بالزانية قبل أن تتوب وفاقا للمشهور، لا شعار لفظ «لا ينبغي» بها ٢٦٠٣٥

فى صحيح أبى الصباح و غيره (١) عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «من أقيم عليه حد زنا أو شهر به لا ينبغي لأحد أن يناكحه حتى يعرف منه التوبه»

خلافًا لأبى الصلاح، فحرمه للآيه (٢) التى قد عرفت تمام الكلام فيها و فى غيرها مما يدل على ذلك فيما تقدم، فلا حظ و الله العالم.

[القسم الثانى فى النكاح المنقطع]

إشاره

القسم الثانى فى النكاح المنقطع و هو سائغ فى صدر دين الإسلام باتفاق المسلمين، و إنما اختلفوا فى بقاءه و نسخه لتحقق شرعيته فى زمن النبى صلى الله عليه و آله و عدم ما يدل على رفعه و إن المسلمين كانوا يفعلونه من غير نكير، و كذا فى خلافه أبى بكر و مده من خلافه عمر، نعم هو حرمه فى المده الأخرى من تلقاء نفسه بعد أن روى شرعيته عن صاحب الشرع، فإنه فيما اشتهر عنه بين الفريقين (٣) صعد المنبر و قال:

«أيها الناس متعتان كانتا على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أنا أنهى عنهما و أحرمهن

١- ١ أشار إليه فى الوسائل الباب-١٣- من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ٢ و ذكره فى الكافى ج ٥ ص ٣٥٤.

٢- ٢ سورة النور: ٢٤- الآيه ٣.

٣- ٣ سنن البيهقى ج ٧ ص ٢٠٦ و الوسائل الباب- ١- من أبواب المتعه الحديث ٤ راجع الغدير للامينى ره ج ٦ ص ٢١١.

و أعاقب عليهن: متعه الحج و متعه النساء» و فى لفظ (١) آخر «ثلاث كن على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله أنا أنهى عنهن و احرمهن و أعاقب عليهن و هى: متعه النساء، و متعه الحج، و حى على خير العمل»

و هو صريح فى تحريمه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم شرعيته، و جعل تحريمه أولى بالاتباع و القبول، حيث توعد من خالفه بالعقوبه و الزجر، بل فى متعه النساء بالحد و الرجم،

فعن صحيح مسلم عن قتاده عن أبى نضرة (٢) قال: «كان ابن عباس يأمر بالمتعه و كان ابن الزبير ينهى عنها، فذكرت ذلك لجابر بن عبد الله، فقال تمتعنا على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، فلما قام عمر قال: إن الله كان يحل لرسول الله صلى الله عليه و آله و سلم ما شاء بما شاء، و إن القرآن قد نزل منازل فأتوا الحج و العمره لله كما أمركم الله عز و جل و أتوا نكاح هذه النساء فلن أوتى برجل نكح امرأه إلى أجل إلا رجمته بالحجاره».

و هذا من جمله ما طعن به أهل التشيع، و قد اختلف أتباعه فى الجواب عنه، فمنهم من بنى رفعه على كون النبى صلى الله عليه و آله مجتهدا فى الأحكام الشرعيه و يجوز لمجتهد آخر مخالفته، و هو من السخافه كما ترى، أما على أصول الإماميه فظاهر، لقولهم بعصمه النبى صلى الله عليه و آله و سلم و أن ما يحكم به عن وحى إلهى لا يتطرق اليه السهو و الخطأ، كما قال عز من قائل (٣) «وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ»- «قُلْ مَا يَكُونُ لِي أَنْ أُبَدِّلَهُ مِنْ تَلَقُّاءِ نَفْسِي إِنْ أَتَّبَعِ إِلَّا مَا يُوحَىٰ إِلَيَّ» (٤) «قُلْ مَا كُنْتُ بِدَعَاٍ مِنَ الرُّسُلِ وَ مَا أَدْرِي مَا يُفْعَلُ بِي وَ لَا بِكُمْ إِنْ أَتَّبَعِ إِلَّا مَا يُوحَىٰ إِلَيَّ» (٥) و حينئذ فلا يسوغ لأحد مخالفته و لا اجتهاد فى مقابله قضائه و حكمه أصلا، و أما على رأى الجمهور النافين عصمه الأنبياء فلأنهم إنما نفوا عصمتهم

١-١ راجع الغدير للامينى ره ج ٦ ص ٢١٣.

٢-٢ راجع الغدير للامينى ره ج ٦ ص ٢١٠.

٣-٣ سوره النجم: ٥٣- الآيه ٣ و ٤.

٤-٤ سوره يونس: ١٠- الآيه ١٥.

٥-٥ سوره الأحقاف: ٤٦- الآيه ٩.

فيما ليس له تعلق بتبليغ الأحكام الشرعية كتدبير الحرب و استصلاح الجيش و نصب العمال و عزلهم و ما أشبه ذلك، و أما ما يتعلق بالأحكام الشرعية و تبليغها فقد أوجبوا العصمة فيها، لأن الخطأ فيها مناف لما يقتضيه المعجزه من وجوب تصديق النبي صلى الله عليه و آله و سلم فيما يبلغه عن الله تعالى، و القول بجواز صدور الخطأ فيها عنه سهوا كما يعزى إلى شذوذ مباحته بينه لا يلتفت إليها، لاقتضائه إفحام النبي صلى الله عليه و آله و سلم و عجزه عن تسجيل الأحكام لاحتمال السهو و الاشتباه و عدم اندفاعه إلا بالعصمة.

بل قيل: إن المستفاد من كلام الأمدى فى الأحكام و غيره إجماع القائلين بجواز الخطأ على النبي صلى الله عليه و آله و سلم على أنه لا يقرر عليه، بل ينبه على خطائه، فتحليله المتمعه لو كان خطأ لوجب أن ينبه عليه و أن يعدل عنه.

و أيضا فالكتاب العزيز دال على وجوب طاعه النبي صلى الله عليه و آله و سلم «و ما أَرْسَلْنَا مِنْ رَّسُولٍ إِلَّا لِيُطَاعَ بِإِذْنِ اللَّهِ» (١) «و ما كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ، وَ مَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلًّا مُبِينًا» (٢) «فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِي مَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا» (٣) «و إِذَا قِيلَ لَهُمْ تَعَالَوْا إِلَى مَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَإِلَى الرَّسُولِ رَأَيْتَ الْمُنَافِقِينَ يَصِيحُونَ عَنْكَ صُدُودًا» (٤) «و ما آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَ ما نَهَاكُمُ عَنْهُ فَانْتَهُوا» (٥) الى غير ذلك فان كان وجوب هذه الطاعه لعصمه ربانيه تمنعه عن الخطأ و الخطيئه كما هو مذهب الإماميه فالأمر واضح، و إن كان لأمر آخر غير العصمه يجتمع مع انتفائها وجب القول بتحريم مخالفته فى أحكامه و إن كانت صادرة عن اجتهاد.

كل ذلك مضافا إلى ما يعلم من تتبع السير و تصفح آثار السلف اتفاق الصحابه و التابعين على نفى الاجتهاد و الرأى مع ورود النص عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم و ظهور حكمه

١- ١ سورة النساء: ٤- الآية ٦٤.

٢- ٢ سورة النساء: ٤- الآية ٦٥.

٣- ٣ سورة النساء: ٤- الآية ٦١.

٤- ٤ سورة الأحزاب: ٣٣- الآية ٣٦.

٥- ٥ سورة الحشر: ٥٩- الآية ٧.

فى شىء من الوقائع والأحكام، فإنهم كثيرا ما كانوا يختلفون فى المسائل ويتناظرون فيها، و متى أورد أحدهم نصا يدل على مقالته التزم به خصمه، و لم يقل أن النبى صلى الله عليه و آله مجتهد فيجوز لمجتهد آخر مخالفته، أو أنه يجوز دفع النص الوارد عنه بالاجتهاد و مراعاة المصالح.

بل وقع من المخالف المحرم للمتنوع و الشيخ المتقدم على ما يقتضى الاعتراف بالمنع من مخالفه النص و عدم جواز التعلل فى ذلك بالمصالح،

كقول أبى بكر (١)

حين استأذنه أسامه برسالة عمر بن الخطاب فى الرجوع معللا بأن معه وجوه الناس، و لا يأمن على خليفه رسول الله صلى الله عليه و آله و حرمه و حرم المسلمين أن يتخطفهم المشركون حول المدينة: «لو تخطفنى الكلاب و الذئاب لم أرد قضاء قضى به رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم»

و قوله حين سأله الأنصار برسالة عمر أيضا أن يولى أمرهم أقدم سنا من أسامه فوثب من مكانه و أخذ بلحيه عمر (٢): «ثكلتك أمك يا ابن الخطاب استعمله رسول الله صلى الله عليه و آله و تأمرنى أن أنزعه».

و قول عمر مخاطبا للأنصار يوم السقيفة (٣): «أيكم يرضى أن يتقدم قدمين قدمهما رسول الله صلى الله عليه و آله رضيك لأمر ديننا أ فلا- نرضاك لأمر دنيانا حين احتجوا على أولويتهم بالأمر بكونهم الأنصار آووا و نصرؤا إلى آخر ما احتجوا به فى ذلك اليوم»

و ليس احتجاجه عليهم بما سمعت إلا تقديما للنص على الاجتهاد، و لو جاز الاجتهاد مع النص لم يصح له ذلك، و

قوله (٤) حين قال قائل: أ تؤمر علينا هذا الشاب الحدث و نحن جله قريش: «دعنى يا رسول الله صلى الله عليه و آله أضرب عنقه فقد

١-١ السيره الحلبيه ج ٣ ص ٢٣٦ ط عام ١٣٥٣ و تاريخ الطبرى ج ٣ ص ٢٢٤ ط مصر عام ١٩٦٢ و كامل ابن الأثير ج ٢ ص ٣٣٤ و ٣٣٥ ط بيروت عام ١٣٨٥.

٢-٢ السيره الحلبيه ج ٣ ص ٢٣٦ ط عام ١٣٥٣ و تاريخ الطبرى ج ٣ ص ٢٢٤ ط مصر عام ١٩٦٢ و كامل ابن الأثير ج ٢ ص ٣٣٤ و ٣٣٥ ط بيروت عام ١٣٨٥.

٣-٣ تاريخ الطبرى ج ٣ ص ٢٠٢ ط مصر عام ١٩٦٢ و كامل ابن الأثير ج ٢ ص ٣٢٥ ط بيروت عام ١٣٨٥ مع اختلاف يسير.

٤-٤ الشافى للسيد المرتضى قده ص ٢٤٦ باختلاف يسير.

وقوله يوم بدر (١) حين أوصى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن لا يقتل أحد من بني هاشم لأنهم أكرهوا على الخروج فقال أبو حذيفه: «أ نقتل أبناءنا وإخواننا ونترك بني هاشم، فلو أنى لقيت عم النبي صلى الله عليه وآله وسلم لأضربن خياشيمه بالسيف»: «دعنى يا رسول الله صلى الله عليه وآله أضرب عنق هذا المنافق، و لم ينكر النبي صلى الله عليه وآله وسلم قوله، بل لما رأى إصراره على ذلك اعتذر عنه بأنه يحب الله ورسوله»

وقوله لعثمان (٢) إذ سأله أن يراد الحكم بن العاص الذى نفاه النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن المدينة بعد أن زبره وأغلظ له فى القول: «يخرجه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم و تأمرنى أن أدخله، و الله لو أدخلته لم آمن أن يقول قائل غير عهد رسول الله صلى الله عليه وآله، و الله لأين أشق باثنتين كما تشق الايله أحب إلى من أن أخالف رسول الله، و إياك يا ابن عفان أن تعاودنى فيه بعد اليوم».

و من ذلك أيضا (٣)

«إن عمر كان يرى أن الديه للأقارب و أن المرأه لا ترث من ديه زوجها شيئا و كان يفتى بذلك حتى أخبره الضحاك بن سفيان الكلابى بأن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ورث الزوجه منها، فترك اجتهاده فيها»

و عول على النص المنقول بخبر الواحد و

قال «أعيتهم الأحاديث أن يحفظوها فقالوا بالرأى فضلوا و أضلوا كثيرا»

و بذلك (٤) ظهر أنه لو كانت مخالفه النبي صلى الله عليه وآله وسلم بالاجتهاد جائزه له لم يصح منه ما صح عنه من احتجاجه على الأنصار و حكمه على المخالف بالنفاق و استثماره إياه صلى الله عليه وآله وسلم فى قتله و امتناعه من رد الحكم و غير ذلك مما يطول استقصاؤه، بل هو صريح فى أن مخالفته تقتضى الضلال و الإضلال و الكفر و النفاق كما هو الحق الذى أجرى على لسانه إلزاما له بتحريمه المتعه التى هو روى إباحه

١- ١ مستدرک الحاكم ج ٣ ص ٣٢٣ و سيره أبى هشام ج ١ ص ٦٢٩ ط ١٣٧٥ مع الاختلاف اليسير.

٢- ٢ الشافى للسيد المرتضى قده ص ٢٧٣ و نقله فى البحار أيضا ج ٨ ص ٣٢٣ طبعه الكمپانى.

٣- ٣ راجع الغدير للامينى ره ج ٦ ص ١٦٨. أخرجه عن عده من صحاحهم و كتبهم.

٤- ٤ نقله فى الغدير ج ٧ ص ١١٩ باختلاف يسير.

النبي صلى الله عليه وآله وسلم لها.

و من هنا عدل جماعه أخرى عن الجواب بذلك إلى دعوى النسخ فى زمن النبي صلى الله عليه وآله وإن نهى عمر كان عن نهيه لا من نفسه، فالمراد من قوله:

«أنا أنهى» إني أبين أن الأمر تقرر على النهى، و من قوله: «كانتا» الكون فى بعض أوقاته، محتجين على ذلك بالأخبار التى رووها
(١)

و بأن عمر قد ذكر التحريم على المنبر بملاي من الصحابه و الناس، و لولا- معلوميه النسخ لأنكرت عليه الصحابه، سيما أمير المؤمنين عليه السلام الذى لا زال ينكر على اجتهاده.

و فيه أولا: أنه خلاف ظاهر الخبر المزبور، و ثانيا أنهم رووا فى صحاحهم المشهوره ما يدل على عدم نسخها،

فعن صحيحى البخارى و مسلم و تفسير الثعلبى عن عمران بن حصين (٢) قال: «نزلت آيه المتعه فى كتاب الله عز و جل و لم تنزل آيه بعدها تنسخها، فأمرنا بها رسول الله صلى الله عليه وآله و لم ينهانا عنها، فقال رجل برأيه ما شاء»

قال البخارى: «يقال إنه- أى الرجل المذكور- هو عمر» بل قال مسلم: «يعنى عمر» و لم يقل «يقال» و ما

عن الصحيحين أيضا عن ابن مسعود (٣) قال: كنا نغزوا مع النبي صلى الله عليه وآله ليس معنا نساء، فقلنا ألا نستحسفن فنهانا عن ذلك، ثم رخص لنا أن نستمتع فكان أحدنا ينكح المرأة بالثوب إلى أجل، ثم قرأ عبد الله يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ» (٤)

فإن قراءه الآيه بعد إخباره عن حل المتعه صريحه فى دوام الحل و بطلان النسخ، بل فيها تعريض بمن حرمها، و ما

عن تفسيرى الثعلبى و محمد بن جرير الطبرى و ابن الأثير فى نهايته عن على بن أبى طالب عليه السلام (٥) قال: «لولا أن نهى عمر عن المتعه ما زنى إلا شقى»

و فى المحكى

١-١ سنن البيهقى ج ٧ ص ٢٠١ الى ص ٢٠٧.

٢-٢ راجع الغدير للامينى ره ج ٦ ص ١٩٨.

٣-٣ سنن البيهقى ج ٧ ص ٢٠٠ و فيه «ألا نختصى» راجع الغدير ج ٦ ص ٢٢٠.

٤-٤ سورة المائدة: ٥- الآيه ٨٧.

٥-٥ راجع الغدير للامينى قده ج ٦ ص ٢٠٦.

عن صحيح مسلم عن عطاء (١) قال: «قدم جابر بن عبد الله معتمرا فجننا في منزله فسأله القوم عن أشياء ثم ذكروا المتعة فقال: نعم استمتعنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم و أبي بكر و عمر»

وعن ابن الزبير (أبي الزبير خ ل) (٢) قال: «سمعت جابر بن عبد الله يقول: كنا نستمتع بالقبضه من التمر و الدقيق الأيام على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم و أبي بكر و عمر حتى نهى عمر عنه في شأن عمرو بن حريث»

و عن أبي نضرة (٣) قال: «كنت عند جابر بن عبد الله فأتاه آت، فقال: إن ابن عباس و ابن الزبير اختلفا في المتعتين، فقال جابر: فعلناهما مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ثم نهانا عمر عنهما فلم نعد»

و روى ابن الأثير في المحكى من نهايته عن ابن عباس (٤) قال: «ما كانت المتعة إلا رحمه رحم الله بها أمه محمد صلى الله عليه وآله وسلم لو لا نهيه عنها ما احتاج الى الزنا إلا شفا» (٥)

و عن شعبه (٦)

«إني سألت الحكم بن عيينه عن هذه الآية (٧) فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ، منسوخه هي؟ قال: لا، ثم قال: قال علي بن أبي طالب عليه السلام لو لا أن عمر نهى عن المتعة ما زنى إلا شقى»

و عن صحيح الترمذى (٨)

«أنه سأل رجل من أهل الشام ابن عمر عن متعة النساء، قال: جلال فقال: إن أباك قد نهى عنها، فقال: أ رأيت إن كان أبي قد نهى عنها و سنها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم تترك السنه و تتبع أبي»

الى غير ذلك من الأخبار الداله على عدم النسخ التي هي أولى من الداله عليه بالموافقه للأصل، و بأنها متفق عليها عند المخالف و المؤلف، بخلاف أخبار النسخ التي تفرد بها الأول.

و قد تضمنت الأخبار المزبوره الإنكار على المحرم من على عليه السلام و ابن عباس و ابن مسعود و جابر و غيرهم، و لا فرق في ذلك بين وقوعه في عصره أو فيما بعده، فان

١-١ راجع الغدير للاميني قد ج ٦ ص ٢٠٧.

٢-٢ راجع الغدير للاميني قد ج ٦ ص ٢٠٥.

٣-٣ راجع الغدير للاميني قد ج ٦ ص ٢٠٩.

٤-٤ راجع الغدير للاميني ره ج ٦ ص ٢٠٦.

٥-٥ ذكر في هامش النسخه الأصلية هنا تفسيراً لشفا «أى قليل من الناس».

٦-٦ راجع الغدير للاميني ره ج ٦ ص ٢٠٦.

٧-٧ سورة النساء: ٤- الآيه ٢٤.

٨-٨ راجع الغدير للامينى ره ج ٦ ص ٢٠١ و ٢٠٢.

الإنكار المتأخر كاشف عن كون السكوت السابق لمصلحه لا رضا، وإلا لما تعقبه الإنكار، و

عن ابن أبي الحديد إنه روى عن محمد بن جرير الطبري قال: روى عبد الرحمن بن أبي زيد عن عمران بن سواده الليثي (١)

«إنه قال لعمر: عابت رعيتك عليك أربعا، قال: فوضع عود الدرهم ثم ذقن عليها، وقال: هات- إلى أن قال- ذكروا أنك حرمت متعه النساء وقد كانت رخصه من الله يستمتع بقبضه و يفارق من ثلاث، قال: إن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أحلها في زمان ضروره و رجع الناس إلى السعه، ثم لم أجد أحدا من المسلمين عاد إليها و لا عمل بها، لأن من شاء نكح بقبضه فارق عن طلاق بثلاث»

الحديث. و هو صريح في وقوع التنكير عليه من الصحابه في عصره و في الاعتراف بمخالفه النبي صلى الله عليه وآله وسلم، فالاعتذار عنه بالنسخ تحكم من غير تراضى الخصمين. على أن الإمساك عن التنكير إنما يدل على الرضا مع فقد الأسباب المقتضيه له غير الرضا، و هو هنا ممنوع، لاحتمال مخافه الفتك بهم، كما هو المعلوم من حاله و فضاضته و غلظته لما له من الشأن في تحريمها.

كل ذلك مضافا الى ما عرفته من صراحه عبارته في دوام الحكم و عدم النسخ، و أن التحريم إنما كان من قبله لا عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم و لم يذكر هو في ذلك المقام و لا غيره النسخ، بل حكى عنه الاعتذار بما سمعت، و لو أن النسخ ثابت كما ادعاه المجيب لأشار إليه، ليكون أدخل في الكف عنها و أقطع لألسن الطاعنين عليه و المتتبعين لعثراته، حتى استمر الطعن عليه بذلك مدى الأعصار مثبتا في الصحف و محفوظا في الصدور تتناقله الرواه و نقله خلفا عن سلف.

و أيضا فإنه قد قرن تحريم المتعتين بلفظ واحد، و لم يدع أحد منهم النسخ في متعه الحج، بل صرحوا فيها بدوام الحكم، بل عن بعضهم دعوى الإجماع على الجواز، و حينئذ فحمل الكلام على ظاهره من إسناد التحريم الى نفسه فيهما متعين، و إلا فحمله على النسخ في خصوص متعه النساء بعيد جدا، بل مقطوع بفساده.

على أن الأخبار التي رووها في النسخ متناقضة على وجه يعلم منه أنها موضوعه، فإنهم رووا أنها أبيحت عام الفتح و أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم لم يخرج من مكة حتى حرمها (١) و أنها أبيحت عام أوطاس ثلاثه أيام (٢)

أو يوما أو ليله و أنها أبيحت في حجه الوداع، ثم نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عنها (٣)

و أنها أبيحت أول الإسلام حتى نزلت «إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ»* (٤) الآية (٥) و أنها نسخت يوم خيبر و يوم تبوك (٦) و أين حجه الوداع و الفتح و خيبر و تبوك عن أول الإسلام، كما أنه أين هو و أين عام أوطاس.

على أن هذه الآية تكررت في سورتين سورة المعارج و المؤمنون و هما مكيان كما ذكره المفسرون فكيف ينسخ بها ما حكمه مدني؟ و قد التجأوا في رفع هذا الاختلاف الى القول بتكرار التحريم و الإباحه، و ليس هو كذلك.

و لكن لما لم يكن لدعوى النسخ أصل و إنما أرادوا بافترائه رفع الطعن، و قد توارد خاطر جماعه منهم على ذلك، فوضع كل منهم من غير أن يعلم بالآخر، فحصل ما حصل مما يعلم به الزور في الأخبار و الشهاده عند تفريق الشهود، كما هو المعروف في قصه دانيال (٧).

كل ذلك مضافا الى دلالة الآية على مشروعيتها، فإنها كما عن أكثر المفسرين من العامه فضلا عن الخاصه نزلت فيه، بل قد يؤيد ذلك لفظ الاستمتاع، بناء على أنه حقيقه في المنقطع و إن كان في اللغه موضوعا للانتفاع و الالتذاذ، بل لو لم

١-١ سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٠٢.

٢-٢ سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٠٤.

٣-٣ سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٠٣.

٤-٤ سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٠٥ و ٢٠٦.

٥-٥ سورة المؤمنون: ٢٣- الآية ٦.

٦-٦ سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٠١ الى ٢٠٧.

٧-٧ الحديث طويل ذكر قسما منه مما يشير إليه في الوسائل في الباب - ١٩- من أبواب كيفية الحكم الحديث ١ من كتاب القضاء و تمامه في الكافي ج ٧ ص ٤٢٥ و ٤٢٦ و التهذيب ج ٦ ص ٣٠٨ الرقم ٨٥٢.

نقل بثبوت الحقيقه الشرعيه فيه أمكن القول بتعيين الحمل عليه، لتعذر إرادته اللغويه منه باعتبار تعليق الأجر عليه، و من المعلوم عدم دورانه مداره.

كما أنه يؤيده أيضا ما

روى عن أمير المؤمنين عليه السلام و عبد الله بن عباس و عبد الله بن مسعود و أبي بن كعب و مجاهد و عطاء و جماعه كثيره من الصحابه و التابعين من أنهم كانوا يقرءون «فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ إِلَى أَجَلٍ مَّسْمُومٍ».

بل قد يؤيده أيضا بظهور لفظ الأجر في العوض للمؤجل، فإنه يسمى في النكاح الدائم صداقا و نحلا و فرضا، و إطلاقه عليه في مطلق النكاح في قوله تعالى (١):

«لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ» و قوله تعالى (٢):

«فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَ آتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ» لا ينافى الظهور الكافى في المطلوب.

و قد يؤيد أيضا بقوله تعالى فيها (٣) «وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ» فإن المعنى على ما ذكره الأصحاب أن تزويدها في الأجر و تزويدها في الأجل، و قد يناقش باحتمال إرادته رفع الجناح عما تراضيا عليه من الإبراء كالأجر أو بعضا و الاعتياض عليه و نحو ذلك، و يدفع بأن الحمل على الأول يقتضى دلالة الآية على ما لا يستفاد من غيرها بخلاف الثانى، فإنه معلوم بالضروره من العقل و النقل غير الآيه، و التأسيس خير من التأكيد، لكنه كما ترى.

و إلى الأخبار المتواتره من طرقنا (٤)

بل لعلها كذلك من طرقهم (٥)

و قد سمعت كلام ابن المحرم، بل المحرم نفسه قد روى ذلك، و من طريق ذلك ما حكى الراغب في محاضراته (٦) «أن يحيى بن أكثم القاضى قال لشيخ بالبصره كان يتمتع: عمن أخذت المتعه؟ فقال: عن عمر، فقال له: كيف و هو أشد الناس نهيا عنها؟

١-١ سورة الممتحنه: ٦٠- الآيه ١٠.

٢-٢ سورة النساء: ٤- الآيه ٢٥.

٣-٣ سورة النساء: ٤- الآيه ٢٤.

٤-٤ الوسائل الباب-١- من أبواب المتعه.

٥-٥ راجع الغدير للاميني ره ج ٦ ص ١٩٨ الى ٢١٣.

٦-٦ ذكره للاميني ره فى الغدير ج ٦ ص ٢١٢ عن المحاضرات ج ٢ ص ٩٢.

فقال: إن الخبر الصحيح جاء عنه أنه سعد المنبر، وقال: إن الله ورسوله أحل لكم متعتين و أنا أحرمهما و أعاقب عليهما فقبلنا شهادته و روايته عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و لم نقبل تحريمه لها من قبل نفسه».

و إلى الإجماع، أما من الطائفة المحقه فهو واضح، بل هو من ضروريات مذهبهم، و أما من غيرهم فلاتفاق الصحابه و من كان فى صدر الإسلام على إباحتها و شرعيتها من غير تكبير، كما يظهر من أخبار جابر و غيرها، حتى ما روى عن المحرم نفسه، فإنه يدل على أن الحكم بالحل كان شائعاً معروفاً فى زمان النبى صلى الله عليه و آله و سلم و مده خلافه أبى بكر و برهه من خلافته، فالقول بالتحريم بعد ذلك مخالف لإجماع الأمه التى لا تجتمع على ضلاله.

احتجوا بقوله تعالى (١) «إِلَّا عَلَىٰ أَرْوَاحِهِمْ»* الآية، و المتعه ليس ملك يمين و لا- زوجته، لأنها لا ترث و لا تورث، و لأنها تبين بغير طلاق و لا- لعان و لا- ظهار و لا إيلاء، و لا نفقه و لا قسم، و انتفاء لوازم الزوجيه عنها تقتضى انتفاء الملزوم، فإذا لم تكن زوجته و لا ملك يمين كانت من العدوان المحرم بمقتضى الآية (٢).

و فيه (أولاً) أن دلالة الآية بطريق العموم الذى لا- ينافى التخصيص بدليل، و (ثانياً) منع لزوم الأمور المزبوره للزوجه، لانتفاء الإرث فى الذميه و القاتله و الأمه، و حصول الإبانة بغير الطلاق فى الملاعنه و المرتده و الأمه المبيعه، و سقوط النفقه بالنشوز، و عدم اللعان و الظهار و الإيلاء فلاشتراطها بالدوام لا الزوجيه، و لو فرض ما يدل على وقوعها بالزوجه و جب تخصيصه بالدائمه جمعاً بينه و بين ما دل على عدم لحوقها بالمتعه.

و احتجوا أيضاً بالأخبار (٣)

الداله على تحريمها و نسخها، و فيه أنها معارضه بالأخبار الكثيره الداله على حليتها و استمرار الحكم بها فى عهد الرساله و ما بعد

١- ١ سورة المؤمنون: ٢٣- الآية ٦.

٢- ٢ سورة المؤمنون: ٢٣- الآية ٧.

٣- ٣ سنن البيهقى ج ٧ ص ٢٠١ الى ٢٠٧.

ذلك إلى أن حرّمها عمر، و التّرجيح لهذه الأخبار لكثرتها و اتفاق الفريقين عليها بخلاف روايات التّحريم، فإن المخالفين انفردوا بها و لم يرد من طريق الإماميه ما يقتضى التّحريم، مع اشتهاار الحكم به بين أهل الخلاف و كثره اختلاف الروايات من جهتهم، و اعتضااها بظاااا الكتاب و إجماع المسلمين فى الجملة، و الأصل دوام الحكم و انتفاء النسخ حتى يعلم خلافة، مضاااا الى ما عرفته من ظهور الوضع على روايات التّحريم الذى منه أيضا أنهم رووا ذلك (١) عن على عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، مع أن مذهب على عليه السلام فى ذلك معلوم، و قد نقله

جماعه من روااتهم، و أنه عليه السلام كان يقول (٢): «لو لا نهى عمر عن المتعه ما زنى إلا شقى».

و احتجوا أيضا بالإجماع على تحريمها، فإن الصحابه قد اتفقوا عليه بعد نهى عمر عنه، و لم يخالف فيه إلا ابن عباس، و قد نقل عنه الرجوع إليه فى آخر عمره، و فيه منع الإجماع، و كفى بذلك اتفاق أهل البيت الذين هم أساطين الإسلام على خلافه، و اتفاق شيعتهم على ذلك، حتى صار من ضروريات مذهبهم يعرفه كل أحد منهم، فدعوى الإجماع مجازفه بينه لا تصدر إلا عن معاند متصلف، و أيضا فالقول عليها منقول عن أعاضم الصحابه و التابعين، كابن عباس و ابن مسعود و أبى بن كعب و جابر و أبى سعيد الخدرى و سلمه بن الأكوع و المغيره بن شعبه و مجاهد و عطاء بن أبى رباح و طاوس و أبى الزهرى مطرف و محمد بن سدى، و عن مسلم فى صحيحه و أبى الحسن بن على بن زيد فى كتاب الألفه أنهما زادا فى الصحابه معاويه بن أبى سفيان و عبد الله بن عمر بن الخطاب و عمر بن جويده و ربيعه بن أميه و سلمه بن أميه و صفوان بن أميه و معلى بن أميه و البراء بن عازب و ربيع بن ميسره و سهل بن سعد الساعدى، كما عن أبى الحسن على بن الحسين الحافظ فى كتاب سير العباد الزيادة فى التابعين الحسن البصرى و إبراهيم النخعى و سعيد بن حبيب و ابن جريح و عمر بن دينار، و نقل عن مالك و ابن شبرمه من الفقهاء الميل إليها، و ما ذكر من رجوع ابن عباس عن ذلك

١-١ سنن البيهقى ج ٧ ص ٢٠١.

٢-٢ راجع الغدير للامينى ره ج ٦ ص ٢٠٦.

غير ثابت، و لو صح لم يلزم منه الإجماع على التحريم إلا مع العلم بانتفاء الخلاف، و قد عرفت بطلانه.

و قد ظهر لك من ذلك كله أنه لا- إشكال في إباحتها، بل لا يبعد استحبابها مؤكداً بمعنى رجحانها من حيث خصوصيتها، لكونها من شعار الإيمان و علامات المؤمن، و لما فيها من الرد على من نهى عنها و حرمها فان المباح يصير مندوباً بتحريم أصحاب البدع، كما يصير بإيجابهم إياه مكروهاً قمعا لآثار البدع، ف

في خبر بشير بن حمزه (١) عن رجل من قريش قال: «بعثت الى ابنه عم لي كان لها مال كثير: قد عرفت كثره من يخطبني من الرجال فلم أزوجهم نفسي، و ما بعثت إليك رغبة في الرجال غير أنه بلغني أن المتعه أحلها الله عز و جل في كتابه و بينها رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم في سنته فحرمها زفر، فأحببت أن أطيع الله عز و جل فوق عرشه و أطيع رسوله و أعصى زفر، فتزوجني متعه، فقلت: حتى أدخل على أبي جعفر عليه السلام فأستشيره، قال: فدخلت عليه فخبرتة، فقال: افعل صلى الله عليكما من زوج»

وعنه عليه السلام أيضاً (٢) إنه قال لرجل سأله هل في المتعه ثواب؟ فقال: «إن كان يريد بذلك وجه الله و خلافاً على من أنكرها لم يكلمها كلمه إلا كتب الله له بها حسنه، فإذا دنى منها غفر الله له بذلك، فإذا اغتسل غفر الله له بقدر ما مر من الماء على شعره، قلت: بعدد الشعر قال: نعم بعدد الشعر»

و في المرسل عنه عليه السلام أيضاً (٣)

«إن النبي صلى الله عليه و آله و سلم لما أسرى به الى السماء قال: لحقني جبرئيل فقال: يا محمد إن الله تعالى يقول: إني قد غفرت للمتمتعين من أمتك من النساء»

و في آخر (٤)

«ما من رجل تمتع ثم اغتسل إلا خلق الله من كل قطره تقطر منه سبعين ملكاً يستغفرون له إلى يوم القيامة، و يلعنون مجتنبها إلى أن تقوم الساعة»

و قال أبو الحسن عليه السلام (٥) لرجل ذكر له أنه عاهد الله أن لا يتمتع: «عاهدت الله لا تطيعه، و الله لئن لم تطعه لتعصينه»

إلى غير ذلك من الأخبار الداله على رجحانها.

- ١- ١ الوسائل الباب- ٢- من أبواب المتعه الحديث ٩.
- ٢- ٢ الوسائل الباب- ٢- من أبواب المتعه الحديث ٣.
- ٣- ٣ الوسائل الباب- ٢- من أبواب المتعه الحديث ٤.
- ٤- ٤ الوسائل الباب- ٢- من أبواب المتعه الحديث ١٥.

فى بعضها (١)

«ما أحب للرجل منكم أن يخرج من الدنيا حتى يتزوج المتعه و لو مره فى بعض عمره»

«إنى لأكره للرجل المسلم أن يخرج من الدنيا و قد بقيت عليه خله من خلال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم لم يصنعها، فقلت: فهل تمتع رسول الله صلى الله عليه و آله؟ فقال: نعم و قرأ هذه الآية (٢) و إِذْ أَسْرَ النَّبِيُّ إِلَى بَعْضِ أَزْوَاجِهِ الْآيَةَ» (٣).

و لا ينافى ذلك

حسن على بن يقطين (٤)

«سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن المتعه فقال: و ما أنت و ذلك، و قد أغناك الله عنها»

الحديث و

خبر الفتح بن يزيد (٥)

«سألت أبا الحسن عليه السلام عن المتعه، فقال: هى حلال مباح مطلق لمن لم يغنه الله بالتزويج، فليستعفف بالمتعه، فإن استغنى عنها بالتزويج فهى مباح له إذا غاب عنها»

و خبر محمد بن الحسن بن الميمون (٦)

«كتب أبو الحسن عليه السلام إلى بعض مواليه: لا- تلحوا على المتعه فإنما عليكم إقامة السنه، فلا- تشتغلوا بها عن فرشكم و حرائركم، فيكفرون و يبرأون و يدعون على الأمر بذلك و يلعنون»

و خبر المفضل بن عمر (٧)

«سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول فى المتعه: دعوها أما يستحيى أحدكم أن يرى فى موضع العوره فيحمل ذلك على صالحى إخوانه و أصحابه»

بعد تسليم المكافئه، لاحتمال الحمل على ما إذا اقتضى التمتع فساد النساء المعقود عليهن دائما كما أو ما إليه الخبر المزبور، أو اقتضى الشين أو لحوق العار باتهامه بفعل المحرم، كما ينبه عليه خبر المفضل، و هذا لا يقدر فى أصل الاستحباب المراد منه مع قطع النظر عن العوارض أو التقيه خصوصا من أبى الحسن عليه السلام المروى عنه أكثر هذه الأخبار، و ربما يومئ

- ١-١ الوسائل الباب-٢- من أبواب المتعه الحديث ١٠.
- ٢-٢ سورة التحريم: ٦٦- الآيه ٣.
- ٣-٣ الوسائل الباب-٢- من أبواب المتعه الحديث ٢.
- ٤-٤ الوسائل الباب-٥- من أبواب المتعه الحديث ١.
- ٥-٥ الوسائل الباب-٥- من أبواب المتعه الحديث ٢.
- ٦-٦ الوسائل الباب-٥- من أبواب المتعه الحديث ٤ عن محمد بن الحسن بن شمون.
- ٧-٧ الوسائل الباب-٥- من أبواب المتعه الحديث ٣.

إلى ذلك

خبر حماد (١) قال: «قال لى أبو عبد الله عليه السلام و لسلمان بن خالد: قد حرمت عليكما المتعه من قبلى ما دمتما بالمدينه، لأنكما تكثران الدخول على و أخاف أن تؤخذا فيقال: هؤلاء أصحاب جعفر».

و كيف كان ف النظر فيه يستدعى بيان أركانه التى تدخل فى مفهومه فى عرف المشرعه و أحكامه، و

[أركانه أربه]

[أما الصيغه]

أركانه أربه بجعل المتعاقدين واحدا، لكونهما معا فاعلا واحدا للعقد، ضروره شمول العاقد لهما شمول الكل لأجزائه، و هى الصيغه و المحل و الأجل و المهر،

[أما الصيغه]

أما الصيغه فهى اللفظ الذى وضعه الشرع و عينه وصله إلى انعقاده كغيره من العقود اللازمه و هو أى اللفظ المزبور إيجاب و قبول فلا يحصل بدون ذلك قطعا، بل إجماعا بقسميه، و نصوصا (٢).

نعم ربما ظهر من الكاشانى و بعض الظاهريه من أصحابنا الاكتفاء بحصول الرضا من الطرفين و وقوع اللفظ الدال على النكاح و الإنكاح، ل

خبر نوح بن شعيب عن على عن عمه (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «جاءت امرأه إلى عمر، فقالت: إنى زويت فطهرنى، فأمر بها أن ترجم، فأخبر بذلك أمير المؤمنين عليه السلام، فقال: كيف زويت؟ قالت: مررت فى الباديه فأصابنى عطش شديد، فاستقيت أعرايبا، فأبى أن يسقيني إلا أن أمكنه من نفى، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: تزويج و رب الكعبه»

قال فى الوافى: «إنما كان تزويجا لحصول الرضا من الطرفين، و وقوع اللفظ الدال على النكاح و الإنكاح فيه، و ذكر المهر و تعيينه، و المره المستفاد من الإطلاق القائمه مقام ذكر الأجل» و هو كما ترى، ضروره اعتبار اللفظ المقصود به إنشاء ذلك، و الفرض خلو هذا المذكور منه، فلا بد حينئذ من حملة على إرادته كونه بحكم

١- ١ الوسائل الباب- ٥- من أبواب المتعه الحديث ٥ عن عمار قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام لى و لسليمان بن خالد».

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٨- من أبواب المتعه.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢١- من أبواب المتعه الحديث ٨.

التزويج باعتبار اضطرارها، كما يومئ إليه روايه

الخبر المزبور بطريق آخر (١):

قال فيه «إنه لما بلغ منى أى العطش آتيته فسقانى و وقع على فقال على عليه السلام:

هذه التى قال الله (٢) فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَ لَا عَادٍ، و هذه غير باغيه و لا عاديه، فحلى عمر سبيلها، و قال: لو لا على لهلك عمر».

إنما الكلام فى الاجتزاء بكل لفظ دال على ذلك صريحا بنفسه أو بالقرينه على حسب المتعارف فى الخطابات أو اعتبار لفظ مخصوص صريح بنفسه، ظاهر قول المصنف وغيره و ألفاظ الإيجاب ثلاثه: زوجتك و متعتك و أنكحتك أيها حصل وقع الإيجاب به، و لا- ينعقد بغيرها، كلفظ التملك و الهبه و الإجاره الثانى، بل حكى غير واحد الشهره عليه، كما أنه حكاها على عدم انعقاد العقد اللازم بالمجاز، من غير فرق بين القريب منه و البعيد اقتصارا فيما خالف أصل عدم الانتقال و نحوه على المتيقن، و لكن قد عرفت المناقشه فيه فى كتاب البيع و فى عقد النكاح، فإنه قد أشبعنا الكلام فى ذلك فى المقامين، فلاحظ و تأمل. و لعله لذا قال السيد فى المحكى من طبرياته: «أما نكاح المتعه فينعقد بما ينعقد به المؤبد من الألفاظ و قوله امتعنى نفسك و آجرىنى أيضا» بل عنه «أن تحليل الأمه عقد متعه» فينعقد عنده بالإباحه أيضا.

و كذا الكلام فى القبول الذى هو اللفظ الدال على إنشاء الرضا بذلك الإيجاب، كقوله: قبلت النكاح أو المتعه أو التزويج، بل و لو قال: «قبلت» و اقتصر أو «رضيت» جاز كما تقدم ذلك كله فى عقد النكاح.

و كذا تقدم فيه و فى عقد البيع أنه لو بدأ بالقبول، فقال: «تزوجت» فقالت هى: «زوجتك» صح و عن الحلبي و القاضى جواز أن يقول لها: «متعنى نفسك بكذا مده كذا» فتقول «قبلت» فيقول الرجل: «قبلت».

بل و تقدم أيضا البحث فى أنه هل يشترط فيهما الإتيان بلفظ

١- ١ الوسائل الباب- ١٨- من أبواب حد الزنا الحديث ٧ من كتاب الحدود.

٢- ٢ سورة البقره: ٢- الآيه ١٧٣.

الماضى و أنه قيل بذلك للاقتصار على المتيقن، و حينئذ فلو قالت: «أتزوجك» أو «تزوجنى» أو قال: «أقبل» أو «أرضى» و كان ذلك مع قصد الإنشاء لم يصح، و قيل: لا يشترط كما هو مذهب جماعه، بل لعله لا يخلو من قوه، لإطلاق الأدله و حينئذ ف لو قال: «أتزوجك مده كذا بمهر كذا» و قصد الإنشاء فقالت: «زوجتك» صح مضافا إلى خبرى أبان (١) و ابن أبى نصر (٢).

الدالين على ذلك، بل و على تقدم القبول على الإيجاب و كذا لو قالت: «نعم» كما فى خبر أبان (٣).

و خبر هشام بن سالم (٤)

و قد أشبعنا الكلام فى ذلك كله و فى غيره من اعتبار العريه و عدم اعتبار التعدد و نحو ذلك من المتعلقة بنحو المقام، ضروره عدم الفرق بين عقد المتعه و غيره من العقود اللازمه فضلا عن عقد الدوام، فلاحظ و تأمل.

[أما المحل]

إشاره

و أما المحل فيشترط إذا كان الزوج مسلما أن تكون الزوجه مسلمه أو كتاييه، كاليهوديه و النصرانيه و المجوسيه على أشهر الروايتين (٥)

و فى الأخرى (٦)

النهى عن التمتع بالمجوسيه، و هو محمول على الكراهه التى قد يستفاد من بعض الأخبار (٧)

تحققها فى اليهوديه أيضا، إلا أن المجوسيه أشد.

و على كل حال فإذا تمتع بالكتاييه كان له أن يمنعها من شرب الخمر (١١) و أكل لحم الخنزير و (١٢) غير ذلك من ارتكاب المحرمات (١٣) المنافيه للاستمتاع للنفره، بخلاف ما لا ينافيه، فإنه لا سلطان له على منعها بعد اعتصامها بالذمه، و قد سمعت سابقا النص (٨)

على ذلك بل سمعت احتمال اعتبار الرخصه فى نكاحها

١-١ الوسائل الباب- ١٨- من أبواب المتعه الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب- ١٨- من أبواب المتعه الحديث ٢ عن ابن أبى نصر عن ثعلبه.

٣-٣ الوسائل الباب- ١٨- من أبواب المتعه الحديث ١.

٤-٤ فى المقام روايتان لهشام بن سالم رواها فى الوسائل فى الباب- ١٨- من أبواب المتعه الحديث ٣ و ٦.

٥-٥ الوسائل الباب-١٣- من أبواب المتعه الحديث ٥.

٦-٦ الوسائل الباب-١٣- من أبواب المتعه الحديث ١.

٧-٧ الوسائل الباب-٢- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٢ و ٣.

٨-٨ الوسائل الباب-٢- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١.

ذلك بأن يستحقه عليها بشرط في العقد و نحوه، إلا- أنه كما ترى، مثل احتمال وجوب المنع عليه أو استحبابه من باب الأمر بالمعروف أو استحقاق ذلك له بالزوجه و إن لم يكن منافيا، و الأقوى حمل الأمر في النص على ما عرفت، لكونه في مقام توهم الحظر بسبب اعتصامها بالذمه.

أما المسلمه مؤمنه كانت أو غير مؤمنه فلا- تتمتع إلا- بالمسلم خاصه مؤمنا كان أو غير مؤمن بناء على عدم اعتبار الايمان في الكفاءه، و إلا فلا يجوز لغير المؤمن التمتع بالمؤمنه كما عرفت الكلام فيه مفصلا و في حرمه غير الكتابيين على المسلم و حرمه المسلمه على الكفار أجمع، نعم

في الفقيه مرسلا (١) عن الرضا عليه السلام «المتع لا تحل إلا لمن عرفها و هي حرام على من جهلها»

و مقتضاه عدم جواز تمتع المؤمن بالمخالفه و المخالف بالمؤمنه، لأن الحرمه من طرف تستلزمها من طرف آخر، لكونها تابعه لصحة العقد و فساده الذي قد عرفت سابقا عدم تبعضه بالنسبه إلى المتعاقدين، إلا أنه لما كان غير جامع لشرائط الحجية حتى يصلح لتخصيص العمومات و جب حمله على إرادته الإثم على جاهلها، باعتبار إقدامه على المحرم عنده، فلا ينافي حينئذ صحة العقد في نفسه، كما هو واضح.

و على كل حال فقد ظهر لك من ذلك أن المراد بالشرط المذكور في المتن بالنسبه إلى المسلم خاصه، ضروره عدم اشتراط ذلك بالنسبه إلى الكفار حتى الوثني بالنسبه إلى الوثنيه، فان المتعه بينهما صحيحه.

و كيف كان ف لا يجوز للمسلم التمتع بالوثنيه و لا بالناصبيه المعلنه بالعداوه لأهل البيت عليهم السلام أو أحدهم كالخوارج و لا- بغيرهم من أصناف الكفار غير من عرفت، كما تقدم الكلام فيه سابقا، و في أنه لا عبره بالإعلان في حرمه الناصبيه، و في تحقيق المراد بالناصب، و ربما ظهر من كشف اللثام هنا اعتباره قال: «و إلا فالعامه ناصبه، لكن لا يسمون بها لعدم الإعلان» و فيه ما عرفت سابقا أنهم بحكم الناصبه في الآخره لا الدنيا إلا المبغض لأحد من أهل البيت عليهم السلام

متدينا به أولاً، فذلك الناصب و قد عرفت الحال فيه فى محله. كما عرفت فيما مضى أنه لا يستمتع أمه و عنده حره إلا بإذنها، و لو فعل كان العقد باطلاً أو موقوفاً على الأذن.

و كذا لا- يدخل عليها بنت أخيها و لا بنت أختها إلا مع إذنها، و لو فعل كان العقد باطلاً أو موقوفاً على الأذن و غير ذلك من المحرمات عينا و جمعا، ضروره كونه أحد فردى النكاح الذى هو عنوان الحرمة، بل منه يعلم أن الأصل اشتراك الدائم و المنقطع فى الأحكام التى موضوعها النكاح و التزويج و نحوهما مما يشمل المنقطع إلا ما خرج بالدليل من عدم الإرث و النفقه و القسم و الزيادة على الأربع و نحو ذلك، كما هو واضح. فلا حظ حينئذ جميع ما تقدم سابقا التى منها ما أشار إليه المصنف هنا إذا فرض كون موضوعها المنقطع، و الله العالم.

و على كل حال ف يستحب أن تكون المتمتع بها مؤمنة ل

قول الرضا عليه السلام (١): «المؤمنة أحب إلى»

وقول الصادق عليه السلام عليه السلام لما سأله محمد بن الفضيل (٢) عن المتعة فقال: «نعم إذا كانت عارفة قلنا فان لم تكن عارفة، قال:

فأعرض عليها و قل لها فان قبلت فتزوجها و إن أبت فدعها»

و لا ينافى ذلك

قول الصادق عليه السلام فى المرسل (٣): «لا تستمتع بالمؤمنة فتذللها»

المحمول على الامراه التى هى من ذوى الشرف.

و أن تكون عفيفه ل

خبر ابن سنان (٤)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عنها- أى المتعه- فقال لى: حلال، و لا تتزوج إلا عفيفه، إن الله عز و جل يقول (٥):

١- ١ الوسائل الباب- ١٣- من أبواب المتعه الحديث ٦.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٧- من أبواب المتعه الحديث ١ عن محمد بن العيص، و فى الكافى ج ٥ ص ٤٥٤ و التهذيب ج ٧ ص ٢٥٢ الرقم ١٠٨٨، و الفقيه ج ٣ ص ٢٩٢ الرقم ١٣٨٧ عن محمد بن فيض.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٧- من أبواب المتعه الحديث ٤.

٤-٤ الوسائل الباب-٦- من أبواب المتعه الحديث ٢ عن أبي ساره.

٥-٥ سوره المؤمنون: ٢٣- الآيه ٥.

الَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ*، فلا تضع فرجك حيث لا تأمن على دراهمك».

و يستحب له أيضا أن يسألها عن حالها مع التهمة ل

خبر أبي مريم (١) عن الباقر عليه السلام «أنه سئل عن المتعه فقال: إن المتعه اليوم ليست كما كانت قبل اليوم، كن يومئذ يؤمن، و اليوم لا يؤمن فاسألوا عنهن»

لكن في المسالك «إن هذا يقتضى الأمر بالسؤال عن حالها و لو لغيرها و هو أجود من تعبير المصنف بسؤالها» قلت: بل يقتضى سؤال غيرها خاصة، لعدم الجدوى فى سؤالها مع التهمة، بل قد يظهر منه الأمر بالسؤال مطلقا إلا أن يعلم كونها مأمونه.

و على كل حال ف ليس السؤال المزبور شرطا فى الصحه للأصل و حمل فعل المسلم على الصحيح، قيل: و

خبر محمد بن عبد الله الأشعري (٢) قلت للرضا عليه السلام:

«الرجل يتزوج المرأة فيقع فى قلبه أن لها زوجا قال: ما عليه، أ رأيت لو سألتها بينه كان يجد من يشهد أن ليس لها زوج؟»

و فيه أنه يمكن أن يكون ذلك غير ما نحن فيه من السؤال عن المتهمه أو مطلقا قبل العقد عليها، لظهور النصوص فى مرجوحيه السؤال بعد الترويج،

قال محمد بن راشد (٣) قلت لأبى عبد الله عليه السلام:

«إنى تزوجت المرأة متعه فوقع فى نفسى أن لها زوجا ففتشت عن ذلك فوجدت لها زوجا، قال: و لم فتشت؟»

و فى مرسل مهران (٤) عنه عليه السلام أيضا «قيل له:

إن فلانا تزوج امرأه متعه، فقيل له: إن لها زوجا فسألها، فقال أبو عبد الله عليه السلام:

و لم سألتها»

فالأولى الاستدلال عليه ب

خبر أبان بن تغلب (٥) قلت لأبى عبد الله عليه السلام:

«إنى أكون فى بعض الطرقات فأرى المرأة الحسناء و لا آمن أن تكون ذات بعل

٢-٢ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب المتعه الحديث ٥.

٣-٣ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب المتعه الحديث ٣ عن فضل مولى محمد بن راشد، كما فى التهذيب ج ٧ ص ٢٥٣ الرقم ١٠٩٢.

٤-٤ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب المتعه الحديث ٤.

٥-٥ أشار إليه فى الوسائل الباب- ١٠- من أبواب المتعه الحديث ١ و ذكره فى الكافى ج ٥ ص ٤٦٢.

أو من العواهر، قال: ليس هذا عليك إنما عليك أن تصدقها في نفسها».

و يكره أن تكون زانيه، فإن فعل فليمنعها من الفجور، و ليس شرطاً في أصل الجواز الذي قد عرفت فيما تقدم ما يدل عليه و على الكراهه مؤيداً بما سمعته آنفاً من النهى (١)

عن غير العفيفه، و

قول الصادق عليه السلام في خبر محمد (٢)

«إياكم و الكواشف و الدواعى و البغايا و ذوات الأزواج، قلت: و ما الكواشف؟ قال: اللواتى يكاشفن و بيوتهن معلومه و يؤتين، قلت: فالدواعى، قال: اللواتى يدعين إلى أنفسهن و قد عرفن بالفساد، قلت: فالبغايا، قال: المعروفات بالزنا، قلت: فذوات الأزواج: قال: المطلقات على غير السنه»

و خبر محمد بن الفضيل (٣)

«سألت أبا الحسن عليه السلام عن المرأة الحسناء الفاجره هل يجوز للرجل أن يتمتع منها يوماً أو أكثر؟ فقال: إذا كانت مشهوره بالزنا فلا يتمتع منها و لا ينكحها».

نعم يستحب منعها من الفجور ل

خبر زراره (٤) عن أبى جعفر عليه السلام «سئل عن رجل أعجبه امرأه فسأل عنها فإذا الثناء عليها يشنى فى الفجور، فقال: لا بأس بأن يتزوجها و يحصنها»

و ربما تأكد ذلك فى الدائم، ل

خبره الآخر (٥) قال: «سأل عمار أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج الفاجره متعه، قال: لا بأس و إن كان التزويج الآخر فليحصن بابها»

و المراد من حيث التزويج، و إلا فلا ريب فى وجوبه من باب الأمر بالمعروف مع الشرائط.

كما لا ريب فى أصل الجواز لما تقدم سابقاً الداله صريحاً عليه و أنه ليس عليه من إثمها شىء (٦)

و اختلاط الماء بعد أن قال الشارع:

«الولد للفراش و للعاهر

- ١-١ الوسائل الباب-٦- من أبواب المتعه الحديث ٢.
- ٢-٢ الوسائل الباب-٨- من أبواب المتعه الحديث ٣.
- ٣-٣ الوسائل الباب-٨- من أبواب المتعه الحديث ٤.
- ٤-٤ الوسائل الباب-١٢- من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ٢.
- ٥-٥ الوسائل الباب-١٢- من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ٤ مضمـر.
- ٦-٦ الوسائل الباب-١٢- من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ١.

الحجر» (١)

غير قاذح كما أوضحناه سابقاً، فما عن الصدوق - من منع التمتع بها مطلقاً و ابن البراج إذا لم يمنعها من الفجور لذلك و للنهي عنه فى الآيه (٢) و الروايه (٣)

- واضح الضعف بعد الإحاطه بما قدمناه هناك و هنا، و الله العالم.

و كذا يكره أن يتمتع ببكر لها أب أو ليس لها أب ل

قول الصادق عليه السلام فى خبر البخترى (٤)

«فى الرجل يتزوج البكر متعه: يكره للعب على أهلها»

وقول أبى الحسن عليه السلام فى خبر المهلب الدلال (٥): «لا يكون تزويج متعه ببكر»

المحمول على الكراهه جمعا بينه و بين المعتبره المستفيضه (٦)

الداله على الجواز بل

فى المرسل (٧) عن أبى عبد الله عليه السلام «سألته عن التمتع بالأبكار فقال:

هل جعل ذلك إلا لهن؟ فليسترن به و ليستعفن».

و على كل حال فان فعل فلا يقتضها للنهى عنه،

قال الصادق عليه السلام فى خبر ابن أبى الهلال (٨): «لا بأس أن يتمتع بالبكر ما لم يفض إليها كراهيه العيب على أهلها»

و فى مرسل ابن أبى حمزه (٩) عنه عليه السلام أيضا «فى البكر يتزوجها الرجل متعه، قال: لا بأس ما لم يقتضها»

و مرسل أبى سعيد القمط (١٠) قلت لأبى عبد الله عليه السلام: «جاريه بكر بين أبويها تدعونى إلى نفسها سرا من أبويها فأفعل

ذلك، قال: نعم، و اتق موضع الفرج، قال: قلت: و إن رضيت بذلك، قال: و إن رضيت، فإنه عار على الأبكار»

الى غير ذلك من النصوص الداله عليه. و لكن

- ٣-٣ الوسائل الباب- ٨- من أبواب المتعه و الباب-١٣- من أبواب ما يحرم بالمصاهره.
- ٤-٤ الوسائل الباب- ١١- من أبواب المتعه الحديث ١٠ عن حفص بن البختري.
- ٥-٥ الوسائل الباب- ١١- من أبواب المتعه الحديث ١١.
- ٦-٦ الوسائل الباب- ١١- من أبواب المتعه الحديث ٥.
- ٧-٧ الوسائل الباب- ١١- من أبواب المتعه الحديث ٤.
- ٨-٨ الوسائل الباب- ١١- من أبواب المتعه الحديث ١ عن زياد بن أبي الحلال.
- ٩-٩ الوسائل الباب- ١١- من أبواب المتعه الحديث ٢.
- ١٠-١٠ الوسائل الباب- ١١- من أبواب المتعه الحديث ٧.

ليس بمحرم للأصل و ظهور النصوص المزبوره بالكراهه، خصوصا بعد اشتمال بعضها على التعليل المعلوم أنها لها بقرينه وروده فى أصل التمتع بالبكر، و الله العالم.

[فروع ثلاثه]

[الأول إذا أسلم المشرك و عنده كتابيه بالعقد المنقطع كان عقدها ثابتا]

فروع ثلاثه قد تقدم تفصيل الكلام فيها.

الأول: إذا أسلم المشرك و عنده كتابيه بالعقد المنقطع كان عقدها ثابتا للأصل و ما عرفته من جواز ابتدائه للمسلم فضلا عن استدامته. و كذا لو كن أكثر من واحده، بل و أكثر من أربع، لما تقدم من جواز ذلك فى المنقطع. و لو سبقت هى فى الإسلام وقف على انقضاء العده إن كان قد دخل بها و إلا انفسخ عقدها، لعدم العده حينئذ لها فان انقضت العده من ذات العده المدخول بها و لم يسلم بطل العقد بل قد عرفت سابقا أنه ينكشف بطلانه من أول و إن لحق بها قبل انقضاء العده فهو أحق بها ما دام أجله باقيا، و لو انقضى الأجل قبل إسلامه لم يكن له عليها سبيل (١١) و إن كانت فى العده، كما هو واضح.

[الثانى لو كانت غير كتابيه فأسلم أحدهما بعد الدخول وقف الفسخ على انقضاء العده]

الثانى: لو كانت غير كتابيه فأسلم أحدهما بعد الدخول وقف الفسخ (١٢) أيضا على انقضاء العده و تبين منه بانقضاء الأجل أو خروج العده، فأيهما حصل قبل إسلامه انفسخ به النكاح (١٣) على نحو ما سمعته فى الكتابيه لما سمعته سابقا من أنه و إن كان لا يجوز للمسلم التزويج بغير الكتابيه لكن إذا أسلم عنها جرى عليها حكم الكتابيه، للفرق بين الابتداء و الاستدامه، كما تقدم الكلام فيه.

[الثالث لو أسلم و عنده حره و أمه ثبت عقد الحره و وقف عقد الأمه على رضاء الحره]

الثالث: لو أسلم و عنده حره و أمه ثبت عقد الحره و وقف عقد الأمه على رضاء الحره و إن كان عقد الحره المتأخر، لكن فيه البحث السابق، فلاحظ و تأمل كى يظهر لك جريان غير ذلك مما تقدم هناك فى المقام، و الله العالم.

[أما المهر]

و أما المهر فهو شرط فى عقد المتعه خاصه و يبطل بفواته العقد بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه، و هو الحجه بعد

قول الصادق عليه السلام فى صحيح زراره (١):

«لا تكون متعه إلا بأمرين: بأجل مسمى و أجر مسمى»

بل يومئ اليه

قوله عليه السلام أيضا فى خبر آخر (٢): «إنهن مستأجرات»

ك

قول الباقر عليه السلام (٣): «إنما هى مستأجره»

بل منه يعلم الوجه فى الفرق بين الدائم الذى يراد منه النسل و نحوه و بين المتعه المراد منها الانتفاع و الاستمتاع و نحو ذلك مما هو شبه الإجاره، و لذا كان المهر فيها كالعوض فى الإجاره شرطا فى الصحه.

و يشترط فيه حيث يكون عينا أن يكون مملوكا للمتمتع، فلو كان غير مملوك كالخمر و الخنزير أو لغير العاقد لم يصح، لامتناع أن يملك البضع بمال غيره و إن رضى المالك بعد ذلك، بخلاف البيع و نحوه من عقود المعاوضات، فإن الإجاره تؤثر فى نقله الى ملك المالك، و هنا لا يتصور ذلك، لمعلوميه اعتبار تعيين الزوج و الزوجه فى النكاح، بخلاف البيع و الإجاره و غيرهما مما لا- يعتبر فيه، بل لو اتفق قصد المؤجر خصوص المستأجر كان لاغيا، فيقع للموكل مثلا و إن لم يقصده المؤجر، و من هنا كان البائع و المشتري مثلا تابعا لملك المال بخلاف النكاح، بل لا يبعد البطلان أيضا فيما لو أباح له جميع التصرفات فى المال فتمتع به المباح له، لعدم دخوله فى ملكه بهذه الإباحه، اللهم إلا أن يكون قصد به التملك قبل صيرورته مهرا، و قلنا بتأثير هذا القصد فى التملك، و ليس جعله مهرا فى المتعه قصد لتملكه و احتمال أن يكون مثل «أعتق عبدك عنى»

٢-٢ الوسائل الباب-٤- من أبواب المتعه الحديث ٢.

٣-٣ الوسائل الباب-٤- من أبواب المتعه الحديث ٤.

يدفعه عدم الدليل على الصحة هنا حتى يلزم تقدير الملك جمعا بينه و بين القواعد، بل مقتضى معامله المهر هنا معامله العوض في الإجاره عدم جواز كونه في ذمه شخص و لو برضاه، لعدم جواز مثله في البيع و الإجاره على وجه يكون المعوض ملكا لغير من في ذمته العوض، كما لا يجوز كونه عينا مملوكة لشخص آخر و لو بعد سبق رضاه، كل ذلك بناء على كون المتعه بالنسبه الى ذلك كغيرها من المعاوضات.

نعم قد يناقش في أصل اعتبار الملكيه للعوض فيها على هذا الوجه، لعدم الدليل، بل مقتضى إطلاق أدله المقام خلافه، إنما المعتبر كونه من الأعيان المملوكة بمعنى عدم كونه مما لا يملك، كالخمر و الخنزير و نحوهما.

و على كل حال فقد عرفت أن المراد من هذا الشرط حيث يكون المهر من الأعيان لا مطلقا ضروره صحه كونه منفعه و عملا بل حقا من الحقوق الماليه، كحق التحجير و نحوه لا طلاق الأدله.

و كذا يشترط فيه أن يكون معلوما بما يتحقق به صدق ذلك عليه إما بالكيل للمكيل أو الوزن للموزون أو العمد للمعدود أو المشاهده أو الوصف الذي يتحقق به ما عرفت أو نحو ذلك مما يتحقق به ما عرفت بلمس أو ذوق أو غيرهما لإطلاق الأدله و التصريح بالاكْتفاء بنحو الكف من البر أو السويق أو نحو ذلك مما يعلم منه عدم اعتبار المعلوميه المعتبره في البيع مثلا الذي قد نهى فيه عن الغرر (١)

بخلاف المقام الذي لم نعر فيه على دليل كذلك، و اعتبار التسميه في المهر و العلم أعم من ذلك، فمن هنا قلنا: يكفي فيه تحقق صدق كونه معلوما بمشاهده و نحوها.

و يتقدر بالمراضاه قل أو كثر، و لو كان كفا من بر و نحوه مما هو صالح لأن يكون عوضا، لإطلاق الأدله، بل صراحتها في ذلك، و إن كان المذكور فيها بعد «إن» الوصلية «الكف من بر» و نحوه لكن لا على أن المراد منه عدم أجزاء الأقل، بل المراد ذلك و نحوه مما يقع التراضى عليه مما هو صالح للعوضيه،

فما عن الصدوق من تحديد القله بدرهم ل

قول الباقر عليه السلام فى خبر أبى بصير (١):

«يجزئ الدرهم فما فوقه»

الذى هو مع الضعف فى سنده و المعارضه بغيره لا يدل على التحديد بعد ما عرفت من إرادته ما سمعت من نحو هذا اللفظ هنا المعلوم بقرائن المقام إرادته الاجتزاء بكل ما يقع عليه التراضى مما هو صالح للتعاوض و إن ذكر القدر المزبور بناء على تعارف عدم الأقل منه، نحو

قول الصادق عليه السلام للأحول (٢) و قد سأله عن أدنى ما يتزوج به الرجل متعه: «كف من بر»

ولأبى بصير (٣) و قد سأله عليه السلام عنه أيضا: «كف من طعام دقيق أو سويق أو تمر»

مع أنه أقرب الى إيهام التحديد من خبر الصدوق، إلا أن المتجه بعد ملاحظه النصوص التى قدرته بما يقع عليه التراضى إرادته ما ذكرناه من ذلك، كما هو واضح، والله العالم.

و كيف كان ف يلزم دفعه أى المهر بالعقد المقتضى لملكيته و لكونه كالمهر المستحق دفعه عقبيه و إن كان استقراره هنا مراعى بالدخول و الوفاء بالتمكين فى المده و لظاهر قوله تعالى (٤) «فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» الذى قد استفاضت النصوص (٥)

فى ورودها فى المتعه و أنه فى قراءه أبى و غيره، «إلى أجل» و ل

خبر عمر بن حنظله (٦) قال للصادق عليه السلام: «أتزوج المرأة شهرا فتريد منى المهر كملا فأتخوف أن تخلفنى، فقال: لا يجوز أن تحبس ما قدرت عليه، فان هى أخلفتك فخذ منها بقدر ما تخلفك»

على ما عن أكثر النسخ، و عن بعضها «يجوز أن تحبس» لكن لا يوافق ظاهر قوله عليه السلام «فخذ منها» بل قد يشعر به أيضا

مكاتبه الريان (٧) إلى أبى الحسن عليه السلام قال: «كتبت إليه: الرجل

١- ١ الوسائل الباب- ٢١- من أبواب المتعه الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢١- من أبواب المتعه الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢١- من أبواب المتعه الحديث ٥.

٤- ٤ سورة النساء: ٤- الآية ٢٤.

٥-٥ الوسائل الباب -١- من أبواب المتعه.

٦-٦ الوسائل الباب -٢٧- من أبواب المتعه الحديث ١.

٧-٧ الوسائل الباب -٢٨- من أبواب المتعه الحديث ٢.

يتزوج المرأه متعه بمهر إلى أجل معلوم و أعطاهها بعض مهرها و آخرته بالباقي ثم دخل بها، و علم بعد دخوله بها قبل أن يوفيهها باقي مهرها أنها زوجته نفسها و لها زوج مقيم معها، أ يجوز له حبس باقي مهرها أم لا يجوز؟ فكتب: لا يعطيها شيئا، لأنها عصت الله»

فان ظاهر نسبه التأخير إليها مشعر باستحقاقها الأخذ منه قبل المده، بل قد يشعر به غيره (١) أيضا من الأخبار، و لعله لذا كان المحكى عن المفيد و المرتضى و القاضى التصريح بذلك، بل لعله الظاهر من المصنف و الفاضل و غيرهما على معنى إرادته المصاحبه من الباء أو السببيه التامه فى الدفع، لا أن المراد كون العقد سببا فى الوجوب فى الجملة على وجه لا ينافى اشتراطه بأمر آخر، و ذلك لأن المهر أحد العوضين الذى لا يجب تسليمه على أحدهما قبل أن يتسلم العوض الآخر، فمع التعاسر يتقاضيان معا، بل قد سمعت فى كتاب الإجاره عدم وجوب تسليم العوض قبل تسليم العمل، و خبر عمر بن حنظله معارض بما سمعته من بعض نسخه، و من هنا جزم جماعه بعدم وجوب دفع تمام المهر.

لكن فيه (أولا) أن المتجه على تقدير إلحاق ما هنا بالإجاره التفصيل بين الأمه و الحره، فيجب دفع المهر بتسليم الاولى بخلاف الثانيه على قياس استئجار العين المملوكه و استئجار الحر اللهم إلا- أن يفرق بين الدابه و الأمه باعتبار استقلال المستأجر فى الاولى فى الاستيفاء بخلاف الثانيه التى يمكن أن تتمتع عليه فى الاستيفاء، (و ثانيا) أنه ينبغى توزيع المهر على تمام المده، و لا أظنه يلتزمونه، (و ثالثا) أنه يمكن منع كون المقام من ذلك، بل هو أشبه شىء بالمهر الذى يستقر بالدخول، لما سمعته من الآيه (٢) و الروايه (٣)

(بل فى جامع المقاصد الإجماع عليه خ ل) نعم هو باعتبار ضرب المده فيه لا يستقر ملكها له حتى تمضى المده ممكنه كما سيأتى، و الله العالم.

١- ١ الوسائل الباب- ٢٧ و ٢٨- من أبواب المتعه.

٢- ٢ سورة النساء: ٤- الآيه ٢٤.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٧- من أبواب المتعه الحديث ١.

و كيف كان ف لو وهبها المده أو تصدق بها عليها و جعلها فى حل منها كما عبر بذلك عنه فى النصوص المعلوم إرادته ما يشبه الإبراء من ذلك فإنه فى الحقيقة إسقاط ما يستحقه عليها، فلا يحتاج إلى قبول و لا إلى قابلية المتمتع بها لذلك، فيصح له الهبة المزبوره للصغيره و المجنونه و الأمه و غيرها، و الشك فى ذلك من بعضهم بأنه يتجدد شيئا فشيئا فلا يتعلق به الإبراء قبل حصوله اجتهاد فى مقابله النصوص، على أنه فى الحقيقة إسقاط للاستحقاق المتحقق فعلا- و إن تأخر المستحق، فهو كإبراء الأجير مما يستحق عليه فى الزمان المتأخر.

و على كل حال فإذا جعلها فى حل من ذلك قبل الدخول لزمه النصف من المهر وفاقا للمشهور، بل فى جامع المقاصد إجماع الأصحاب عليه، و فى كشف اللثام هو مقطوع به فى كلام الأصحاب، و حكى عليه الإجماع فى السرائر، و به مقطوع

زرعه عن سماعه (١)

«سألته عن رجل تزوج جاريه أو تمتع بها ثم جعلته فى حل من صداقها يجوز أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئا، قال: نعم إذا جعلته فى حل فقد قبضته منه، فان خلاها قبل أن يدخل بها رد المرأة على الزوج نصف الصداق»

و لمكان ضعف الخبر المزبور و إمكان إرادته خصوص الطلاق من التخليه فيه شكك بعض الناس فى الحكم، باعتبار أن العقد قد أوجب الجميع و حرمة القياس على الطلاق، إلا- أن يقال: إنه بمنزلة الأجره، و لا- أجره إذا وهبت المنفعه للمؤجر، كما فى كشف اللثام، و فيه إمكان منع كون الحكم كذلك أيضا فى المشبه به نعم أصل الشك فى الحكم المزبور فى غير محله بعد ما عرفت من الإجماع المعاضد للخبر المزبور الذى لا يقدر قطعه فى الحجية عندنا بعد ما ذكرناه غير مره من الظن القوى بكون المراد أن مرجع الضمير الامام عليه السلام.

ثم الخبر و كلام الأصحاب يشمل هبه جميع المده و بعضها كما صرح به غير واحد، بل الظاهر هبه البعض، لأنه لا يمكن هبه الجميع فى المده المتصله، نعم فى كشف اللثام «إن أقر بعضها كأن يهبها عقيب العقد على شهرين شهرا دون آخر

اتجه العدم، لخروجه عن النص من الخبر و كلام الأصحاب» و فيه أنه - بعد أن علم من الأدله قابليه هذا الحق للإسقاط و الإبراء، و أنه مقتضى الحكمه بعد أن لم يقع بها طلاق، و ربما أراد الفراق فلو لم يصح ذلك لم يقع الفراق - لم يكن فرق بين هبه الكل و البعض، و لو على الوجه الذى ذكره، خصوصا إذا كان الموهوب المتأخر من الزمان، و عدم تعرض النصوص لهذا بالخصوص لا يقتضى العدم بعد أن عبرت عن ذلك بالهبه و الصدقه و الإحلال و غيرها مما لا يتفاوت فيه بين الجميع.

و من هنا يتم ما فرعه فى المسالك قال: «و اعلم أن الظاهر من هبه المده قبل الدخول هبه جميع ما بقى منها عند الهبه، و ذلك هو المقتضى لسقوط نصف المهر إذا وقع قبل الدخول، و هل المقتضى له هو مجموع الأمرين أو حصول الفرقه قبل الدخول؟ وجهان، من ظهور اعتبار الدخول و عدمه فى ذلك كالطلاق، و من الوقوف على موضع اليقين فيما خالف الأصل، و تظهر الفائده فيما لو وهبها بعض المده كنصفها مثلا و قد بقى منها أكثر من النصف، و لم يتفق فيها دخول حتى انقضى ما بقى منها بغير هبه، فعلى الأول يثبت لها المجموع، و على الثانى النصف، و إطلاق الروايه يدل على الثانى لو كانت معتبره فى الدلاله» قلت: قد عرفت اعتبارها فالمتجه حينئذ أن الموجب للتنصيف كونه فرقته قبل الدخول، و إلا فهبه المده بمنزله استيفائها له فى الحقيقه نحو هبتها المهر إياه، و لا - ينافى ذلك كونها ممكنه له، و لا تقصير منها، إذ هو كالأجتهاد فى مقابله النص و الإجماع الذى سمعته الشامل معقده لهبه ما بقى من المده و لو اليسير، و إن كانت هى فى السابق ممكنه له لم يكن منها تقصير و لا إخلال، و من ذلك يعلم أن لها النصف بطريق أولى فيما إذا كان المانع من الدخول بها حيض أو شبهه حتى مضت المده.

و كيف كان ف لو دخل استقر المهر بشرط الوفاء بالمده أى تمكينها من نفسها فى تمام مدته إلا أن يهبها هو، فإنه يجب عليه دفع الجميع الذى قد استحق بالعقد و استقر بالدخول مع عدم حصول إخلال منها بما بقى له من مدته، لكن فى جامع المقاصد «لو دخل ثم وهبها الجميع أو البعض ففى سقوط شىء من المهر باعتبار ما ظهر من المده نظر و لم أقف للأصحاب على كلام فى ذلك» و فيه أنه

لا ريب في ثبوت الجميع بذلك لما عرفت.

نعم لو أخلت هي ببعضها كان له أن يضع من المهر بنسبتها إن نصفاً فنصف و إن ثلثاً فثلث بلا خلاف أجده فيه، بل ولا إشكال، لكونها كالمستأجرة و للمعتبره المستفيضه التي منها خبر ابن حنظله (١)

السابق و

خبره الآخر (٢) قلت لأبي عبد الله عليه السلام: «أتزوج المرأة شهراً بشيء مسمى فتأتي بعض الشهر و لا تنفي ببعض، قال: يحبس عنها من صداقها بقدر ما احتبست عنك إلا أيام حيضها، فإنها لها»

و نحوه خبره الثالث (٣) عنه عليه السلام أيضاً، و

خبر إسحاق بن عمار (٤) قلت لأبي الحسن عليه السلام: «الرجل يتزوج المرأة متعه بشرط أن تأتيه كل يوم حتى توفيه شرطه أو يشترط أياماً معلومه تأتيه فيها فتغدر به فلا تأتيه على ما شرط عليها، قال: نعم ينظر ما قطعت من الشرط، فيحبس عنها من مهرها بمقدار ما لم نف له ما خلا أيام الطمث، فإنها لها، فلا يكون عليها إلا ما حل له فرجها»

و ظاهر الأخير بل و غيره عدم التوزيع على ما يفوت عليه من الاستمتاع غير الوطاء، و لعله كذلك.

فما عن التحرير من الاشكال فيه من ذلك و من نقصان الاستمتاع في غير محله، كما أنه قد يومئ استثناء أيام الحيض فيه و في غيره إلى استثناء غيره من الاعذار كالمرض و نحوه مما لا يعد حيساً منها و إخلالاً، لكن في المسالك «فيه وجهان، من المشاركة في المعنى و كون ذلك على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على مورده» و في القواعد «لو منع العذر عن الجميع كل المده كالمرض المدنف فكذلك أي لا ينقص من مهرها شيء على إشكال، و لعله من انتفاء الاستيفاء رأساً و هو أحد العوضين، فانتفى الآخر كسائر المعاوضات، و الفرق بينه و بين الحيض بأنه عادي، فأيامه في حكم المستثناء في العقد بخلاف غيره، و من أنها مسلمة لنفسها، و إنما عرض المانع من خارج و قد ثبت المهر بالعقد، و لا يعلم سقوطه بمثل ذلك مع جواز التمتع بمن لا يمكنه الاستمتاع بها ابتداءً - ثم قال -: و كذا الاشكال لو منع هو أو هي بظالم كل المده» و بالجملة لو منع العذر من بعض الاستمتاع كل المده أو بعضها أو من

١- ١ الوسائل الباب- ٢٧- من أبواب المتعه الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٧- من أبواب المتعه الحديث ٤.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٧- من أبواب المتعه الحديث ٢.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٢٧- من أبواب المتعه الحديث ٣.

الجميع فى كلها أو بعضها فإشكال عنده من احتمال توزيع المهر على المده و وجوه الاستمتاع جميعا أو بالتفريق و العدم، و فى كشف اللثام «و يقوى السقوط بالنسبه مع امتناعها اختيارا عن الاستمتاع رأسا، لضروره ملجأه لها لحفظ مال أو عرض أو نفس، لصدق أنها لم تف له بالمده، و عدم السقوط إن استوعب الحيض المده، و أما نحو الأكل و الشرب الضرورين و التنظف و التهيؤ للزوج فالظاهر استثناءها أيضا، لقضاء العاده بها، فيدخل استثناءها فى مفهوم العقد» و كأنه تبع بذلك أحد احتمالى المحقق الثانى فى جامعه.

و لكن التحقيق ما عرفته من أن العوض هنا مهر يجرى عليه حكمه، و هو وجوبه بالعقد، إذ هو نكاح بالنسبه الى ذلك و إن كان زمانه منقطعاً، نعم قد عوامل معاملته الأجره فيما إذا أخلفت فى بعض المده، للأدله الخاصه، فيبقى غيره على مقتضى وجوبه، بل الظاهر ملاحظه الإخلال بحصول التمكين من الوطء فى التوزيع دون غيره من الاستمتاع، كما عساه يومئ اليه

قوله عليه السلام: «فلا يكون عليها إلا ما حل من فرجها»

كإيماء قوله عليه السلام: «تحبس» و «قطعت» و نحو ذلك إلى الإخلال لا لعذر شرعى يوجب عليها عدم المجىء و لو حفظ نفس أو عرض، و بالجمله فالأصل يقتضى وجوب المهر بالعقد خرج الإخلال منها بالمده لا لعذر، فيبقى غيره.

و بذلك يتجه وجوب المهر عليه أجمع بموتها كما جزم ثانى الشهيدين نعم فى القواعد «الأقرب أن الموت هنا كالدائم، أى كالموت فيه يثبت المهر و إن مات أو ماتت لثبوتها بالعقد، و الموت لا يصلح لا سقاطه إلا بدليل و ليس، و الفرق بينه و بين ما إذا منعت من الاستمتاع بين» و لعل قوله، «الأقرب» لاحتمال السقوط بالنسبه بناء على أنه فى مقابله الاستمتاع موزع عليه و على المده، فيسقط كلا- أو بعضا بامتناعه كلا أو بعضا كما لو استأجر دابه فماتت، و إن كان هو واضح الضعف كما اعترف به فى جامع المقاصد، لما عرفته من الأصل السابق، بل الظاهر أنه بموته أو موتها المخرج لهما عن قابليه الانتفاع تكون كانهاء المده.

و منه يعلم قوه انفساخ عقد المتعه بينهما بذلك، لا- أنه باق إلى أجله، و لا- أنه ينقلب دائما و لعله هو الوجه في استفاضه النصوص (١)

بعدم التوارث بينهما بالموت، لأن به يفسخ هذا العقد بينهما، فلا زوجيه، خصوصا المتضمنه (٢)

منها أنها لا- تطلق و ليست إحدى الأربع و لا ترث إنما هن مستأجرات، فإنه كالصريح في ذلك، كما ستسمع إنشاء الله مزيد تحقيق له في محله.

و كيف كان ف لو تبين فساد العقد إما بأن ظهر لها زوج أو كانت أخت زوجته أو أمها و لو من الرضاعه أو ماشا كل ذلك من موجبات الفسخ للعقد و لم يكن دخل بها و إن استمتع بها بتقبيل و نحوه فلا مهر لها قطعا لا المسمى و لا غيره، بل لو كان قد قبضته كان له استعادته ضروره بقائه على ملكه، بل الظاهر أن له المطالبه بمثله أو قيمته مع تلفه.

و أما لو تبين ذلك بعد الدخول بها ففي محكى المقنعه و النهايه و التهذيب و المهدب كان لها ما أخذت، و ليس عليه تسليم ما بقى (١١) من غير فرق بين العالمه و الجاهله، و لعله ل

حسن حفص (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام «إذا بقى عليه شىء من المهر و علم أن لها زوجا فما أخذته فلها بما استحلت من فرجها، و يحبس عنها ما بقى عنده»

بل قد يقال إن مرادهم لها ما أخذت و لو جميع المهر، و له حبس ما عنده و لو الجميع حينئذ، لكنه هو كما ترى قول غريب مناف لما دل (٤) من عدم المهر للبغى، و لعدم

١- ١ الوسائل الباب- ٣٥- من أبواب مقدمات النكاح و الباب- ٤- من أبواب المتعه الحديث ٤ و ٥ و الباب- ١٨- و الباب- ٢٣- منها الحديث ٥ و الباب- ٣٢- منها الحديث ٣ و ٦ و ٧ و ٨ و ١٠ و الباب- ١٧- من أبواب ميراث الأزواج من كتاب الموارث.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٤- من أبواب المتعه الحديث ١ و ٢ و ٤ و ٥.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٨- من أبواب المتعه الحديث ١.

٤- ٤ سنن البيهقي ج ٦ ص ٦ و ألفاظ الحديث مختلفه: «نهى النبي صلى الله عليه و آله عن مهر البغى» و «لا- يحل. و لا مهر البغى» و نحو ذلك مثل «سحت» و «خيث».

خلو البضع عن المهر مع عدم الزنا، بل و لقاعده «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» بل و ل

مكاتبه ابن ريان (١) إلى أبي الحسن عليه السلام «الرجل يتزوج المرأة متعه بمهر إلى أجل معلوم و أعطاه بعض مهرها و آخرته بالباقي، ثم دخل بها، و علم بعد دخوله بها قبل أن يوفيه باقي مهرها أنها زوجته نفسها و لها زوج مقيم، أ يجوز له حبس باقي مهرها أم لا يجوز؟ فكتب: لا يعطيها شيئاً، لأنها عصمت الله»

بناء على ظهوره و لو للتعليل في عدم دفع شيء لها مع فرض علمها و في استرجاع ما أخذته منه منها إلا أن السائل لما سأل عن حبس ما بقي مشعرا بالأعراض عما دفعه إليها كان الجواب بما سمعت، لا أن المراد عدم جواز استرجاع شيء مما دفعه إليها مع فرض كونها زانية، فإنه منافع لما سمعت، خصوصا مع بقاء العين التي لم يحصل سبب شرعي لخروجها عن ملك مالكةا، ضروره تبين بطلان السبب المخصوص، فلا أثر له و إن حصل بزعم التأثير كما هو واضح، إذ هو كغيره من المقامات، فيجب حمل الخبر المزبور بعد تسليم حجته على صورته الجهل، و كون المدفوع إليها مساويا لمهر المثل أو رضاها به أو نحو ذلك، بل ربما حمل كلام الشيخين على ذلك أيضا.

و من هنا كان ظاهر المصنف الاعراض عنه حيث قال و لو قيل: لها المهر إن كانت جاهله و يستعاد ما أخذت إن كانت عالمه كان حسنا لكون الوطاء شبيهه في الأول، فتستحق المهر بها و زنا في الثاني و لا مهر لبغي، بل الظاهر أن له ذلك حتى لو أتلفته، ضروره ضمانه عليها، و عدم المطالبه به في البيع الفاسد إن قلنا به، فلدليل خاص، و التسليط منه إنما كان بزعم الصحه، بل لا يبعد ذلك حتى مع علمه بالفساد باعتبار أن دفعه له بعنوان كونه المسمى في العقد، فكأنه اشترط في إباحته صحه العقد على وجه لا ينافي علمه بالفساد الذي أقصاه حينئذ علمه بعدم حصول شرط الإباحه.

نعم يبقى الكلام في المهر الذى يجب دفعه فى الصورة الأولى، فربما قيل: إنه المسمى، بل ربما قيل: يلاحظ فيه التوزيع على المده، ولكن فيه أنه بعد ظهور الفساد لا مقتضى لوجوبه كى يدفعه كلا أو موزعا حتى لو فرض أقليته من مهر المثل، ضروره أن رضاها به إنما كان لزعم الصحة الذى قد بان خطأؤه، و من ذلك يظهر لك ما فى احتمال وجوب أقل الأمرين من مهر المثل و المسمى، نعم يتجه وجوب مهر المثل لها كما فى غيره من أفراد و طء الشبهه.

إنما الكلام فى أنه مهر أمثالها بحسب حالها لتلك المده التى سلمت نفسها فيها متعه، أو مهر المثل للنكاح الدائم، لأن ذلك هو قيمه البضع عند و طء الشبهه من غير اعتبار لعقد الدوام و الانقطاع؟ وجهان قويان من حيث إقدامها على ما هو شبه الإجاره، فمع فرض فساده لها أجره المثل بالنسبه إلى تلك المده التى أقدمت عليها، و من تبين الفساد و الشارع قد جعل مهر المثل للبضع باستيفاء منفعتة و لو مره، و لعل ثانيهما أقواهما، و الله العالم.

[أما الأجل]

و أما الأجل فهو شرط فى عقد المتعه إجماعا بقسميه و نصوصا (١)

و لذا لو لم يذكره فيه لفظا و لا قصدا لم يكن عقد متعه و انعقد دائما فى المشهور نقلا و تحصيلا، بل لعله مجمع عليه مما عرفته سابقا من صلاحية اللفظ حتى لفظ المتعه لهما، و إنما يتمحض المتعه بذكر الأجل، فإذا أهمل فى اللفظ و النفس تعين للدوام، و لأصالة الصحة فى العقد، و ل

قول الصادق عليه السلام فى موثق ابن بكير (٢): «إن سمي الأجل فهو متعه، و إن لم يسم الأجل فهو نكاح ثابت»

و لأن

أبان بن تغلب (٣) قال له عليه السلام لما علمه كيفية عقد المتعه: «إنى أستحيى أن أذكر شرط الأيام فقال: هو أضر عليك، قلت: و كيف؟ قال: إنك إن لم تشترط كان تزويج مقام، و لزمتهك النفقه و العده، و كانت وارثا و لم تقدر على أن تطلقها إلا طلاق

١-١ الوسائل الباب- ١٧ و ١٨ و ٢٠ و ٢٥- من أبواب المتعه.

٢-٢ الوسائل الباب- ٢٠- من أبواب المتعه الحديث ١، «فهو نكاح بات».

٣-٣ الوسائل الباب- ٢٠- من أبواب المتعه الحديث ٢.

بل فى ظاهر المسالك و كشف اللثام و غيرهما أن المشهور انعقاده دائما بمجرد عدم ذكر الأجل فى اللفظ و إن كان مقصودا له لما عرفت، لكنهما أشكلاه بضعف الخبرين و عدم صراحتهما فى ذلك، بل فى الأول منهما عدم دلالة الأول منهما، إنما دل على أن الدوام لا يذكر فيه الأجل، و هو كذلك لا على أن من قصد المتعه و لم يذكر الأجل يكون دائما، و صلاحية اللفظ لا تجدى إذا خالفه القصد، ضروره كون المعترف اتفاقهما على معنى واحد، و هو غير حاصل هنا، لأن المقصود هو المتعه و المطابق للفظ هو الدائم، و ذلك يقتضى البطلان لفوات شرط المقصود و عدم قصد الملفوظ. و من هنا قال فى المسالك: القول بالبطلان مطلقا أقوى، و ربما يؤيده

مضمّر سماعه (١)

«سألته عن رجل أدخل جاريه يتمتع بها، ثم إنه نسي أن يشترط حتى واقعها يجب عليه حد الزانى، قال: لا و لكن يتمتع بها بعد النكاح، و يستغفر الله مما أتى»

بناء على إرادته نسيان الأجل من الاشتراط فيه.

و فيه منع الضعف فى السند أولا لكون الأول من قسم الموتق و الانجبار بالشهره ثانيا، و عدم الصراحه لا ينافى الظهور الكافى فى الاستدلال، خصوصا بعد الاعتضاد ب

خبر هشام بن سالم (٢) قلت لأبى عبد الله عليه السلام: «أتزوج المرأة متعه مره مبهمه، قال فقال: ذاك أشد عليك ترثها و ترثك، و لا- يجوز لك أن تطلقها إلا- على طهر و شاهدين، قلت: أصلحك الله فكيف أتزوجها؟ قال، أياما معدوده بشىء مسمى»

الى آخره فإنه كالصريح فى كون المراد المتعه، و بأن اعتبار الأجل فى المتعه على جهه الشرطيه الخارجيه عن معنى النكاح، فمع فرض عدم الذكر لا يؤثر بناء على أن المقدر لا يجرى عليه حكم المذكور، بل هو حينئذ كعدم وجوده، فلا يؤثر بطلانا للعقد لو كان باطلا مثلا، فقصد النكاحيه حينئذ بحاله، نعم لو قلنا: المعترف فى الدائم قصد الدوام اتجه حينئذ الفساد، ضروره عدم قصد ذلك

١- ١ الوسائل الباب- ٣٩- من أبواب المتعه الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٠- من أبواب المتعه الحديث ٣.

فى الفرض، لكنه واضح المنع، و مضمّر سماعه بعد الغض عما فى سنده و قطعه يمكن إرادته أصل العقد من الاشتراط فيه أو المتعه من لفظ الإيجاب على الوجه الذى ستعرفه.

و من ذلك يعلم ما فى المسالك حيث إنه بعد نقل القولين المزبورين و التفصيل عن ابن إدريس بأنه إن كان الإيجاب بلفظ التزويج و النكاح انقلب دائما و إن كان بلفظ التمتع بطل العقد، لأن اللفظين الأولين صالحان لهما بخلاف الثالث فإنه مختص بالمتعه، فإذا فات شرطها بطل قال: «و فيه أن بطلان عقد المتعه كما حصل بفوات شرطه و هو الأجل فكذلك الدوام بطل بفوات شرطه، و هو القصد إليه، فإنه الركن الأعظم فى صحه العقود» إذ هو كما ترى صريح فى اعتبار قصد الدوام فى صحه الدائم، لكن قد عرفت ما فيه من أن الدوام إن حصل فيما قصد به النكاحيه فمن حيث ثبوت النكاح بذلك و احتياج رفعه إلى رافع شرعى، نحو حصول الدوام فيما قصد به الملك من غير ملاحظه ذلك فيه، لا أنه حاصل من حيث ملاحظه الدوام قيده على حسب ملاحظه الأجل فى المنقطع.

فتلخص من ذلك أن الانقطاع الحاصل فى المؤجل الذى شرعه الشارع من حيث اشتراط الأجل فيه، فمع فرض عدم ذكره يكون كالعقد الفاقد للشرط، لا- أن لفظ «أنكحت» مستعمل فى المنقطع على وجه يكون ذكر الأجل كاشفا عن المراد بها، بل هى ليست إلا- مستعمله فى معنى النكاحيه، و الانقطاع إذا أريد استعماله فيه ما يدل عليه من ذكر الأجل، فهو معه حينئذ دالان و مدلولان، و مع عدمه يبقى الأول على معناه، و يحصل الدوام فيه من مجرد ثبوت النكاحيه فيه و حينئذ فكلام المشهور و الروايات مبنيه على ذلك، و لا ينافيها شىء مما ذكره من تبعيه العقود للقصد و لا غيره، فتأمل جيدا، فإنه دقيق رشيق، و كأن ما ذكره ابن إدريس مبنى على دعوى دخول الانقطاع فى مفهوم لفظ «متعتك» و قد تقدم سابقا ما يبطله فلا فرق حينئذ بين الصيغ الثلاثه كما هو مقتضى النصوص التى فى بعضها (١).

خصوص هذا اللفظ.

بل من ذلك يعلم فساد القول الرابع فى المسأله، و هو الفرق بين تعمد ترك الأجل و بين الجهل به و نسيانه، فان كان الأول انعقد دائما و إلا بطل بدعوى ظهور تعمد الترك فى إرادته الدوام، بخلاف الأخيرين، ضروره أن ذلك بعد الإغضاء عما فيه من وجوه خارج عما نحن فيه فيما (مما خ ل) علم فيه إرادته المتعمه، و لكن لم يذكر الأجل و لو نسيانا أو حياء أو نحو ذلك.

كما أنه من الإحاطه مما ذكرناه يعلم ما فى كلام جماعه من الأساطين الذين شددوا النكير على الأصحاب فى صيروره العقد دائما بعدم ذكر الأجل الذى قد عرفت وجهه.

نعم لا يبعد البطلان مع فرض قصد العاقد الانقطاع من نفس الصيغه و أن الأجل إنما يذكره كاشفا لما أرادته من اللفظ، ضروره عدم قصد المطلق من النكاح حينئذ فلا مقتضى لصيرورته دائما، كما لا وجه لصيرورته منقطعا، لعدم ذكر الأجل فيه، و قد عرفت أنه شرط فى صحته، و يمكن حمل مضمير سماعه السابق على ذلك، و الله العالم.

و كيف كان ف تقدير الأجل إليهما طال أو قصر كالسنه و الشهر و اليوم لإطلاق الأدله الخاليه عن تحديده قله و كثره، بل صريح غير واحد منها التعليق على ما شاء من الأجل و تراضيا عليه مؤيدا ذلك بإطلاق الفتاوى على وجه يمكن دعوى الإجماع عليه، و ما عن ظاهر الوسيله من تقدير الأقل بما بين طلوع الشمس و الزوال محمول على المثال، و إلا كان محجوجا بما عرفت.

نعم قد يناقش بما فى المسالك (١) و كشف اللثام و غيرهما من جواز جعله الى وقت طويل يعلم عدم بقائهما إليه، للإطلاق المزبور، و عدم مانعيه الموت إن لم يكن إجماعا بأن المنساق من النصوص الوارده فى المشروعيه و فى اعتبار الأجل فيها غير ذلك، خصوصا بعد عدم جواز مثله فى الإجاره المشبهه بها المتعمه، ضروره عدم القابليه

حينئذ للاستمتاع، فلا وجه لإنشاء تملكه و تمليكه بالعوض، بل هو حينئذ شبه المعامله السفهيه، بل لا ريب فى عدم مراعاة مثله فى التوزيع، لعدم تحقق حبس المنفعه فيه المقتضى للتوزيع الذى قد عرفته.

و كذا ما فيهما أيضا من جواز قتله إلى حد اللحظة المضبوطة و نحوها مما لا تسع للجماع و نحوه، للإطلاق المزبور، و عدم انحصار فائده النكاح فى الجماع و إن كان هو معظم المقصود منه، بل من فوائده تحريم المصاهره و نحوها.

و منه يعلم جواز العقد متعه على الصغيره التى لا يجوز وطؤها، و للصغير الذى لا قابليه له للوطء بنحو ما سمعت من الشك فى تناول الأدله لمثل ذلك مما لا يسع تحقق ماهيه الاستمتاع، و العقد للصغير و على الصغيره بعد فرض الأجل القابل لتحقيق الاستمتاع كاف فى الصحه و إن لم يكونا قابلين لوقوع ذلك، ضروره عدم اعتبارها بصغر أو مرض أو غيرهما فضلا عن عدم وقوعها، إنما المراد اعتبار زمان يسع لتحقيق ماهيه الاستمتاع، و لا ريب فى أن الأحوط عدم الاكتفاء فى جريان أحكام المصاهره و نحوها بمثل هذا العقد، كما هو واضح، و الله العالم.

و على كل حال ف لا بد أن يكون معينا محروسا من الزيادة و النقصان فلا يجوز أن يكون كليا، كشهر من الشهور و يوم من الأيام و سنه من السنين، و لا غير محروس من الزيادة و النقصان، كقدوم الحاج و إدراك الثمره و نحوهما مما يمكن فيه طول الزمان و قصره المؤدى إلى الجهاله عند المتعاقدين بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى التصريح فى النصوص (١)

المعتبره باعتبار المعلوميه و التسميه، بل قد يدعى اعتبار معلوميه الأجل فى كل مقام يذكر فيه فضلا عن أن يكون شرطا و إن كان فى العقود التى لا تقدر فيها الجهاله كالصلح و نحوه، كما لا يخفى على من تتبع كلماتهم فى سائر المقامات، و إلى

خبر بكار بن

كردم (١) قلت لأبي عبد الله عليه السلام: «الرجل يلقي المرأة فيقول لها: زوجيني نفسك شهرا ولا يسمى الشهر بعينه، ثم يمضى فيلقاها بعد سنين، قال: فقال: له شهره إن كان سماه، وإن لم يكن سماه فلا سبيل له عليها»

بل فى مضمّر زراره (٢)

أيضا عدم جوازه بالساعة و الساعتين لأنه لا يوقف على حدهما أى العرفيه، لا النجوميه المعلوم انضباطها بسبب حركه الفلك و إن كان لا يعلم بالاله المعده لذلك، لعدم انضباطها و احتمال جريان عارض اختلالها إلا مع التعدد و نحوه مما يفيد الطمأنينه فى كثير من الأحيان، لكن عدم تيسر ذلك فى غالب الأوقات لا يقدح فى جواز التأجيل بها متمسكا بالاستصحاب حتى يعلم تحققها أو بالاحتياط فيما إذا لم يعلم بانقضائها، هذا.

و قد عرفت مما ذكرنا أنه لو اقتصر على بعض يوم جاز بشرط أن يقرنه بغايه معلومه كالزوال و الغروب أو بمقدار معين كالنصف و الثلث و نحوهما، فيعملان حينئذ بما يعلمانه من ذلك مع اتفاقه، و إلا رجعا فيه إلى أهل الخبره به، و الظاهر اشتراط عداله المخبر، نعم فى اشتراط العدد و جهان، و إن اشتبه الحال لم يخف طريق الاحتياط و إن كان فى تعيينه نظر من أصاله عدم انقضاء المده إلا أن يعلم نحو ما سمعته فى الساعه النجوميه، و لا يشترط ذكر وقت الابتداء فى نحو ذلك مما هو محمول على الاتصال بالعقد، فهو حينئذ أوله كيفما اتفق، و يغتفر الجهل بمقدار ما بقى من النهار أو الزوال أو الثلث أو النصف مثلا، كما يغتفر اعتبار زياده الشهر و نقصانه حيث يجعلانه شهرا مثلا بلا خلاف و لا إشكال فى شىء من ذلك.

و إنما الكلام فى أنه يجوز أن يعين شهرا مثلا متصلا بالعقد أو متأخرا عنه بمدّه طويله أو قصيره أو لا يجوز إلا المتصل؟ صريح الفاضل و جماعه ممن تأخر عنه الجواز، بل نسبه غير واحد إلى ظاهر الأكثر لا طلاق الأدله و عمومها،

١-١ الوسائل الباب- ٣٥- من أبواب المتعه الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب- ٢٥- من أبواب المتعه الحديث ٢.

و خصوص خبر بكار (١)

المنجبر بما سمعت، و التشبيه بالإجاره التى يجب الخروج بها عن أصله بقاء البضع على الحرمه، و قاعده الاحتياط فى الفروج التى لا يجب مراعاتها أولا و عدم تماميتها فى القول بالبطلان ثانيا، و قاعده توقيفيه الوظائف الشرعيه، و قاعده ترتب آثار العقد بمجرد وقوعه الممنوعه هنا، ضروره أن أثر العقد أن يجرى أحكام المتعه فى المده المسماه متصله أو منفصله، كمنع دعوى منافاه ذلك للتنجيز، ضروره عدم اشتراط العقد بذلك، و إنما الاستمتاع مشروط بإتيان الوقت المضروب، كما يستأجر الرجل للحج من قابل، بل و منع لزوم جواز التمتع بها لغيره فى البين، لصدق كونها ذات بعل، و إلا فلا دليل على بطلان اللازم، فلا بأس حينئذ بالتزامه، كما استظهره الكركى و غيره.

و لكن الانصاف مع ذلك و فى النفس من أصل جواز ذلك شىء، للشك فى تناول ما عثرنا عليه من نصوص المقام، بل لعل ما تسمعه فيما يأتى من عدم جواز عقد الزوج عليها فضلا عن غيره قبل انقضاء أجله بأجل آخر أو مهر كذلك فى النص (٢)

و الفتوى مؤيدا لذلك (٣) ضروره أولويته بجواز المنفصل، اللهم إلا أن يقال: إن المانع هناك الجمع بين الأجلين كما يومئ اليه تعليل الفساد فى بعض نصوصه (٤)

أنهما شرطان فى شرط، فلا حظ و تأمل، لكن ستعرف هناك ما يدفع هذا الاحتمال.

و منه يعلم وجه تأييده لما قلناه من ظهور الاتصال من الأدله له، بل لعل

١-١ الوسائل الباب- ٣٥- من أبواب المتعه الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب- ٢٣- من أبواب المتعه الحديث ٦ و ٧ و ٨ و الباب- ٢٤- منها.

٣-٣ هكذا فى نسخه الأصلية المبيضة و الصحيح «مؤيد لذلك» كما هو كذلك فى المسوده التى هى بخط المصنف طاب ثراه فإنه خبر «لعل» فى قوله: «بل لعل ما تسمعه».

٤-٤ الوسائل الباب- ٢٤- من أبواب المتعه الحديث ١.

ما ورد منها بلفظه «إلى أجل» نحو «فَمَا اسْتَيْمَتَّعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ إِلَى أَجَلٍ» (١) و شبهه ظاهر في اعتبار اتصال الأجل و أنه المراد من النكاح المنقطع في مقابله الدائم، بمعنى أن غيره يبقى على دوامه و المتعه يقطع فيها الدوام، و مع فرض ظهور الأدله في ذلك لا وجه للتمسك بالإطلاقات و العمومات، و الخبر المزبور فاقد شرط الحجيه، و لعله لذا قيل بالبطلان للوجوه المزبوره.

بل يمكن دعوى عدم ظهور عبارات الأكثر في الجواز بناء على انصراف ما ذكره من اعتبار الأجل فيها إلى ما هو المنساق منه، أى المتصل به، بل لعل إغفال النصوص و الفتاوى عدم تعيين المبدأ مبنى على اعتبار الاتصال و إلا لذكروه، كما ذكروا تعيين الغايه، بل لعل الانسياق المزبور أشد من انسياق الاتصال فيما لو ذكر الأجل المطلق في متن العقد الذى ستعرف كونه من المسلمات عندهم.

نعم قد يقال بالصحة بناء على تحقق الزوجيه بالعقد على وجه يحصل بها حرمة المصاهره و غيره من استحقاق المهر بالموت و غيره، و يكون الأجل المتأخر حينئذ إنما هو لتأخير نفس الاستمتاع بناء على صحه مثل هذا الشرط لعموم

«المؤمنون» (٢)

بل يمكن حمل خبر بكار (٣)

عليه و لعل من منع من جواز تزويجها في البين ناظر إلى ذلك، فيكون موافقا، بل يمكن تنزيل كلام الجميع على ذلك إلا من صرح بجواز تزويجها في البين، فإنه حينئذ يكون صريحا في تأخر وصف الزوجيه بتأخر الأجل.

و فيه ما عرفت، بل لم نتحقق القائل به، قال في القواعد: «لو عقد على امرأه على مده متأخره لم يكن لها النكاح فيما بينهما و لا له أن ينكح أختها و إن وقت

١- ١ سورة النساء: ٤- الآيه ٢٤ و لم يذكر في الآيه الكريمه «إلى أجل» و انما ذكر في بعض الروايات أنه من الآيه الكريمه و في بعضها أنه من قراءه ابن عباس كما في الوسائل الباب- ١- من أبواب المتعه الحديث ١٣ و ٣ و ١٩.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٠- من أبواب المهور الحديث ٤.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٣٥- من أبواب المتعه الحديث ١.

المدته بالأجل و العده» و نحوه المحكى عن ابن إدريس و المصنف فى النكت، و قال فيها أيضا: «لو مات أى الزوج فيما بينهما احتمال بطلان العقد رأسا، فلا مهر لها و لا عده و لا ميراث إن أوجباه مطلقا أو مع الشرط، و عدمه فيثبت النقيض».

و فيه أن المتجه بناء على ما عرفت البطلان من حينه فيترتب عليه الأثر حينئذ حتى المهر و إن قال فى كشف اللثام: «إن فى ترتيبه نظرا ظاهرا» لكنه فى غير محله، ضروره كونها حينئذ زوجه و لكن مات زوجها قبل حصول شرط الاستمتاع، فالاستمرار انقطع بالموت، لا أنه انكشف من أول الأمر أنها ليست زوجه، لما عرفت من بطلان ذلك، و ربما تسمع لذلك مزيد تحقيق إنشاء الله. و على كل حال فلا ريب فى أن الاحتياط عدم إيقاع مثل هذا العقد و إجراء الأحكام عليه، كما هو واضح، و الله العالم.

و كيف كان ف لو أطلق بأن قالت: «زوجتك نفسى إلى شهر» مثلا- اقتضى الإطلاق الاتصال بالعقد لدلاله العرف و أصاله الصحه، كما فى الإجاره و غيرها، و ظهور خبر بكار (١)

فى ذلك، لأن الفرض وقوع المطالبه بشهره بعد مضى الشهر، إذ لولا الحكم بالاتصال لبقى الشهر فى ذمتها، اللهم إلا أن يجعل نفى السبيل فيه كناية عن بطلان العقد، لاستلزامه نفى السبيل أيضا، لكنه كما ترى، فما عن ابن إدريس من البطلان للجهل بالأجل باعتبار احتمال الاتصال و الانفصال واضح الضعف بعد ما عرفت من دلاله العرف على الاتصال، نحو التأجيل بالخميس و ربيع و نحوهما مما يحمل على الأقرب فيه أيضا على الأقرب إليه منهما.

و حينئذ ف لو تركها حتى انقضى قدر الأجل المسمى الذى حكما باتصاله حال إطلاقه خرجت من عقده و استقر لها الأجر كغيرها مما صرح فيها بالأجل المخصوص و تركها فيه، نعم استقرار تمام الأجر مبنى على ما ستعرفه من اعتبار هبه المده قبل الدخول فى التنصيف، لا- مطلق الفرقه قبله و لو بانقضاء الأجل مع تقصيره فى الاستيفاء، و على كل حال فليس له مطالبته بعد انقضائه

بغيره، لما عرفت من قضاء العرف بتشخصه، بل قد عرفت في السابق بطلان العقد بالأجل الكلى أى الشهر من الشهور، والله العالم.

و لو ترك التعيين بالأجل بل قال: أوقعك مره أو مرتين مثلا و لم يجعل ذلك مقيدا بزمان على وجه يكون أجلا لعقد المتعه و يكون ذكر المره و المرتين شرطا فيه بمعنى عدم استحقاقه الزائد مطلقا أو مع عدم إذنها لم يصح متعه لما عرفت من اعتبار الأجل فيها، و المشروط عدم عند عدم شرطه و صار دائما بناء على ما ذكرنا من التحقيق فى فاقد الأجل، و تعيين المره و المرتين هنا لا- يقتضى ارادته المنقطع من لفظ الصيغه على وجه يكون الأجل كاشفا كى يتجه البطلان هنا و إن قلنا بالصحة هناك، خصوصا بعد جواز اشتراط المره و المرتين فى الدائم أيضا كالمتعه فلا محيص حينئذ عن القول بالدوام هنا من القول به هناك، و يؤيده مضافا إلى ما سمعت خبر هشام بن سالم (١)

المتقدم سابقا الوارد فى خصوص الفرض.

و لكن فى مقابل ما عرفته روايه داله على الجواز، و أنه لا ينظر إليها بعد إيقاع ما شرطه، و هى

خبر القاسم بن محمد (٢) عن رجل سماه قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأه على عرد واحد فقال: لا بأس و لكن إذا فرغ فليحول وجهه و لا ينظر إليها»

و خبر خلف بن حماد (٣) قال: «أرسلت إلى أبى الحسن عليه السلام كم أدنى أجل المتعه؟ هل يجوز أن يتمتع الرجل بشرط مره واحده؟ قال: نعم»

و خبر زراره (٤) قلت له: «هل يجوز أن يتمتع الرجل من المرأه ساعه أو ساعتين؟ فقال: الساعه و الساعتان لا يوقف على حدهما، و لكن العرد و العردين، و اليوم و اليومين، و الليله و أشباه ذلك»

إلا أنها مطرحه لضعفها و عدم معرفه القائل بها سوى ما يحكى عن الشيخ فى التهذيبين من حمل هذه الأخبار

١- ١ الوسائل الباب- ٢٠- من أبواب المتعه الحديث ٣.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٥- من أبواب المتعه الحديث ٤.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٥- من أبواب المتعه الحديث ٥.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٢٥- من أبواب المتعه الحديث ٢.

على الرخصه و أن الأحوط و الأولى اضافه المره و نحوها إلى أجل معين.

قلت: بل يمكن حمل خبر خلف فيها عليه و غيره و إن بعد سيما خبر القاسم إلا أنه لا بأس به بعد قوه المعارض من النص و الإجماع بقسميه على اعتبار الأجل، نعم أبطله جماعه هنا دائما و متعه على حسب ما عرفته سابقا فى ترك الأجل، بل ظاهر بعضهم و صريح آخر أولويه ما هنا من البطلان هناك.

و فيه ما سمعت مما علم منه أنه لو عقد على هذا الوجه انعقد دائما، و أنه لو قرن ذلك بمدى صح متعه بلا إشكال و لا خلاف، نعم لو اشترط ذلك فى وقت معين بحيث يكون ظرفا له كاليوم مثلا- بمعنى أنه لا- يقع خارجه شىء و أنه متى انتهى العدد المشروط فيه بانتهى بانقضائه و إن لم يفعل اتجه البطلان حينئذ، لجهاله الأجل على وجه يحتمل الزيادة و النقصان، لكون الفرض تقييده بانقضاء العدد، خلافا للمحكى عن الشيخ فى النهايه من الصحه، مع أنا لم نتحققه، لأن الموجود فيها ما لفظه بعد أن ذكر اعتبار الأجل فيها قال:

«و أما الأجل فما تراضيا عليه من شهر أو سنه أو يوم، و قد روى (١)

أنه يجوز أن يذكر المره و المرتين، و الأحوط ما قدمناه من أنه يذكر يوما معلوما أو شهرا معيناً، فان ذكر المره و المرتين جاز ذلك إذا أسنده إلى يوم معلوم، فان ذكر المره مبهمه و لم يقربها بالوقت كان العقد دائما» الى آخره، و لا ريب فى إرادته من الإسناد إلى يوم معلوم بقريته اعتبار الأجل ضرب الأجل للمتعه أو اشتراطها فيه، لأن المراد الأعم من ذلك، و من جعلهما أجلا و اليوم ظرفا كما فهمه منه الفاضل فى المختلف، حيث أنه بعد أن حكى عنه ما سمعت قال: «و الحق البطلان فى الجميع معللا له بالجهاله- ثم قال:- و يجىء على قول الشيخ بانعقاد المشروط فيه المره المبهمه دائما صحته هنا كذلك، لأن الأجل المجهول باطل، فيساوى غير المذكور» و فيه أن الفرق بينهما واضح، ضروره بطلان العقد بذكر الأجل المجهول فيه الذى هو الشرط الباطل بخلاف ما إذا لم يذكر الأجل فيه أصلا،

فإنه لا بطلان للعقد فيه بذلك، فيتم حينئذ قصد النكاحيه للعاقده التي هي مقتضى الدوام كما عرفته مفصلا و الله العالم.

[أما أحكامه]

[الأول إذا ذكر المهر و الأجل صح العقد]

و أما أحكامه فثمانية

الأول:

إذا ذكر المهر و الأجل صح العقد من هذه الحيثية بلا خلاف و لا اشكال، كما أنه لا خلاف و لا إشكال في أنه لو أخل بالمهر مع ذكر الأجل بطل العقد لما عرفته من كون ذكر المهر شرطا في صحه هذا العقد، و المشروط عدم عند عدم شرطه و لو أخل بالأجل حسب فلم يذكره بطل متعه أيضا لذلك و لكن هل انعقد دائما أولا؟ و فيه البحث السابق.

[الثاني كل شرط يشترط فيه فلا بد أن يقتصر بالإيجاب و القبول]

الثاني كل شرط يشترط فيه مما هو سائغ سواء كان شرطا للموجب أو القابل فلا بد في لزوم الوفاء به من أن يقتصر بالإيجاب و القبول كغيره من العقود ليكون من جملة العقد المأمور بالوفاء به و لا حكم لما يذكر قبل العقد (١١) خاصة إجماعا في الرياض ما لم يستعد فيه (١٢) أي العقد على وجه يكون من جملته،

للموثق (١) عن الصادق عليه السلام «ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح، و ما كان بعد النكاح فهو جائز»

و نحوه الآخر

عن محمد بن مسلم (٢) عن أبي جعفر عليه السلام «في الرجل يتزوج المرأة متعه إنهما يتوارثان ما لم يشترطا، و إنما الشرط بعد النكاح»

و موثق ابن بكير (٣) قال أبو عبد الله عليه السلام: «إذا اشترطت على المرأة بشروط المتعه فرضيت به و أوجبت التزويج، فاردد عليها شرطك الأول بعد النكاح، فان أجازته فقد جاز، و إن لم تجزه فلا يجوز عليها ما كان من الشروط قبل النكاح»

١-١ الوسائل الباب- ١٩- من أبواب المتعه الحديث ٢.

٢-٢ الوسائل الباب- ١٩- من أبواب المتعه الحديث ٤.

٣-٣ الوسائل الباب- ١٩- من أبواب المتعه الحديث ١.

الى غير ذلك من النصوص الداله على عدم اعتبار ما كان قبل النكاح من الشرط، بل ربما ظهر من بعضهم ذلك و إن كان مضمرًا لهما، فيكون هذا الحكم حينئذ خاصا في المقام بناء على اعتبار الشروط المضمرة في غيره، كما عن المحكى عن آخر مساواه المقام لغيره في اعتبار المضمّر بناء على القول به، فتحمل النصوص المزبوره حينئذ على ما كان من الشروط سابقا و لم يكن مضمرًا حال العقد على وجه يكون مبنيًا عليه، و لعل هذا أولى لاستبعاد اختصاص المقام عن غيره بذلك، و عدم وفاء النصوص به، ضروره عدم صدق كون الشرط قبل النكاح خاصه بعد فرض قصده في أثناّه مدلولًا عليه بالقرائن الحالیه.

و على كل حال فلا عبره بالشرط السابق من حيث سبقه، لعدم المقتضى للزومه، ضروره كون المراد من

قوله صلى الله عليه و آله (١): «المؤمنون عند شروطهم»

ما يشترطونه في العقد اللازم مثلا الذي قد أمرنا بالوفاء به (٢) إذ الشرطيه لا يتحقق معناها مع الاستقلال، لظهور إرادته الفرعيه منها، و مع تسليم اقتضاء ذلك للزوم فلا بد من تخصيصه بالنصوص المزبوره.

نعم قد يقال إنها منافية لما ذكره المصنف و غيره، بل المشهور على أنه لا حكم أيضا لما يذكر بعده أى العقد من الشروط خاصه، بل في الرياض لم يقل أحد بذلك حتى الشيخ في النهايه، لاعتباره فيها ذكر الشروط في العقد البتّه، و إنما أوجب ذكرها بعد العقد ثانيه، و لم يكتف بذكرها فيه خاصه، نعم حكى عنه في التهذيب الاكتفاء بذلك، إلا أنه كما ترى قول شاذ، و يمكن إرادته المتصله بالعقد على وجه يكون من متعلقات القبول، فإنه لا إشكال حينئذ في لزومه، بل يمكن حمل النصوص المزبوره عليه أيضا أو على ما ذكره غير واحد من الأصحاب من إرادته الإيجاب و القبول من النكاح فيها، كما أوماً إليه موثق ابن بكير (٣)

١-١ الوسائل الباب- ٢٠- من أبواب المتعه الحديث ٤.

٢-٢ سورة المائده: ٥- الآيه ١.

٣-٣ الوسائل الباب- ١٩- من أبواب المتعه الحديث ١.

السابق، و أوضح منه ما

عن فقه الرضا عليه السلام من أنه (١) بعد أن ذكر سؤالها و خلوها عن الزوج و العده قال: «و إذا كانت خاليه من ذلك قال لها تمتعيني نفسك على كتاب الله - الى أن قال -: فإذا أنعمت، قلت لها: متعيني نفسك و يعتد جميع الشروط عليها، لأن العقد الأول خطبه و كل شرط قبل النكاح فاسد، و إنما ينعقد الأمر بالقول الثاني، فإذا قالت فى الثانى: نعم دفع إليها المهر أو ما حضر منه، و كان ما بقى ديناً عليك، و قد حل لك وطؤها»

قيل و نحوه المروى فى البحار من خبر المفضل (٢)

أو على إرادته خصوص زياده الأجل بزياده المهر بعد العقد كما عساه يومئ إليه

خبر محمد (٣)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله تعالى (٤) وَ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ، قال: ما كان بعد النكاح فهو جائز، و ما كان قبل النكاح فلا يجوز إلا برضاها و بشئ ء يعطيها فترضى به»

أى بعد النكاح، و كذا

قوله عليه السلام: «إلا برضاها»

أى بعد النكاح.

و على كل حال ف لا يشترط فى وجوب الوفاء به مع ذكره فى العقد إعادته بعده وفاقاً للمشهور لعموم

«المؤمنون» (٥)

و غيره و لكن من الأصحاب و هو الشيخ فى النهايه على ما قيل من شرط ذلك ب اعادته بعد العقد للنصوص المزبوره و هو بعيد لما عرفته من عدم دلالتها على ذلك، أى اعتبار التكرار المزبور، كما هو واضح. نعم قد يقال: إن عبارته النهايه ليست كما حكى عنها، قال فيها: «كل شرط يشترطه الرجل على امرأه إنما يكون له تأثير بعد ذكر العقد، فان ذكر عند الشروط و ذكر بعدها العقد كانت التى قدم ذكرها باطله لا تأثير لها، فان كررها بعد العقد ثبتت على ما شرط» ضروره

١- ١ المستدرک الباب- ١٤- من أبواب المتعه الحديث ٢.

٢- ٢ البحار ج ١٠٣ ص ٣٠٤ ط الحديث.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٩- من أبواب المتعه الحديث ٣.

٤-٤ سورة النساء: ٤- الآيه ٢٤.

٥-٥ الوسائل الباب - ٢٠- من أبواب المتعه الحديث ٤.

عدم تعرضه للمذكور في أثناء العقد، بل هو إما مكثف بذكر الشروط بعد العقد كما هو ظاهر النصوص المزبوره و حكى عن التهذيب أو معتبر للتكرير بذكر الشرط قبل العقد و بعده، و كيف كان فهو مناف لقواعد المذهب و فتاوى الأصحاب.

[الثالث للبالغه الرشیده أن تمتع نفسها]

الثالث للبالغه الرشیده أن تمتع نفسها، و ليس لوليها اعتراض بكرا كانت أو ثيبا على الأشهر الأظهر الذى قد عرفت تمام البحث فيه سابقا.

[الرابع يجوز أن يشترط عليها الإتيان ليلا أو نهارا و أن يشترط المره و المرات فى الزمان المعين]

الرابع يجوز لها و له أن يشترط عليها و عليه الإتيان ليلا- أو نهارا و أن يشترط المره و المرات فى الزمان المعين و غير ذلك من الشرائط السائعه التى هى غير منافية لمقتضى العقد، نعم هى منافية لمقتضى إطلاقه كما فى كل شرط سائغ، و قد

سأل عمار بن مروان (١) الصادق عليه السلام «عن امرأه تزوجت نفسها من رجل على أن يلتمس منها ما شاء إلا الدخول فقال: لا بأس ليس له إلا ما اشترط»

و هو كغيره صريح فيما ذكرناه من عدم منافاه ذلك و نحوه مقتضى العقد.

نعم لو أسقط حقه من له الشرط فالظاهر السقوط كما أوما إليه

خبر إسحاق بن عمار (٢) قال للصادق عليه السلام: «رجل تزوج بجاريه على أن لا يفتضها ثم أذنت له بعد ذلك فقال: إذا أذنت له فلا بأس»

فما عن بعضهم- من عدم الجواز، للزوم الشرط، و لأن العقد إنما سوغ ما عداه- لا يخفى ما فيه بل الظاهر لحقوق الولد به مع عدم الوفاء بالشرط و إن اثم و قلنا بترتب مهر عليه للوطء المشروط عليه عدمه، لكن ذلك لا يخرج الزوجه عن كونها زوجه له.

و لو لم يشترط هو و لا اشترطت هى عليه فله ما شاء فى الأجل، و ليس لها

١- ١ الوسائل الباب- ٣٦- من أبواب المتعه الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١١- من أبواب المتعه الحديث ٣.

الامتناع عنه فى أى وقت شاء إذا لم يكن لها مانع شرعى، نعم الظاهر أنه لا سلطته له عليها مده عدم استمتاعه بنهى عن الخروج عن دار أو بلد أو نحو ذلك كما فى الدائم، والله العالم.

[الخامس يجوز العزل للمتمتع]

الخامس يجوز العزل للمتمتع إجماعاً بقسميه على ذلك وعلى أنه لا- يقف على إذنها نعم الأولى له الاشتراط عليها، لتضمن الأخبار (١)

له ولكن يلحق الولد به لو حملت و إن عزل بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه لاحتمال سبق المنى من غير تنبه و «الولد للفراش» (٢)

و للنصوص (٣)

و كذا فى كل وطء صحيح أو شبهه.

و لكن لو نفاه عن نفسه و إن لم يعزل فضلاً عما إذا عزل انتفى ظاهراً إلا- فيما بينه و بين ربه المطلع على ما فى قلبه و لم يفتقر إلى اللعان بلا خلاف بل الإجماع أيضاً بقسميه عليه، مضافاً إلى النصوص (٤)

نعم لا يجوز له النفى إلا مع العلم بالانتفاء و إن عزل أو اتهمها أو ظن الانتفاء بالقرائن، فما فى الحدائق من احتمال اللقوق حتى مع النفى لإطلاق النصوص (٥)

فى غير محله قطعاً، ضروره معلوميه كونها أنقص فراشا من الدائمه التى ينتفى الولد عنه بنفيه مع اللعان، فهى بطريق أولى، لأنه لما أطلق فى النص (٦)

الاتى عدم لعانها علم حينئذ

-
- ١- ١ الوسائل الباب- ١٨- من أبواب المتعه الحديث ٥ و ٦ و الباب ٣٣ منها- الحديث ٢ و ٣ و الباب- ٤٥- منها الحديث ٢.
 - ٢- ٢ الوسائل الباب- ٥٨- من أبواب نكاح العبيد و الإمام.
 - ٣- ٣ الوسائل الباب- ٣٣- من أبواب المتعه.
 - ٤- ٤ الوسائل الباب- ١٠- من كتاب اللعان.
 - ٥- ٥ الوسائل الباب- ٣٣- من أبواب المتعه.
 - ٦- ٦ الوسائل الباب- ١٠- من كتاب اللعان.

انتفاء الولد بدونه كما هو واضح، نعم الظاهر أن نفيه يقتضى الانتفاء إذا لم يعلم إثمه فيه بصدوره منه مع الاحتمال، وإلا كان نفيه لغوا، لا أنه يآثم و ينتفى الولد عنه، كما قد يتوهم، لإطلاق ما دل (١) على لحوقه به المقتصر فى تقييده على المتيقن، و هو النفى الذى لم يعلم حاله، و الله العالم.

[السادس لا يقع بها طلاق و تبين بانقضاء المده]

السادس لا خلاف نضا (٢)

و فتوى فى أنه لا يقع بها طلاق و أنها تبين بانقضاء المده أو هبتها على وجه ليس له الرجوع فى العده، و ليس ذلك طلاقا قطعاً و إن أطلق عليه فى بعض النصوص (٣)

المعلوم إرادته حكم الطلاق فى خصوص البيوننه، و من الغريب توقف بعض المتفقهه من الأعاجم فى أن له حكم الطلاق أيضا بالنظر إلى عدم جواز وقوع الهبه من ولى الطفل، و هو كما ترى.

و على كل حال ف لا يقع بها إيلاء على المشهور، لمخالفه أحكامه للأصل، فيقتصر فيها على موضع اليقين، و ليس هو إلا الدائم، فإن الآيه (٤) بقرينه قوله تعالى فيها و «إِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ» ظاهره فى تخصيص المولى عليها بالقابله للطلاق، فلا تدخل المتمتع بها نحو ما ورد (٥)

فى اعتبار الدوام فى التحليل بأن قوله تعالى (٦) فيها «فَإِنْ طَلَّقَهَا» إلى آخرها ظاهر فى القابله للطلاق و هى

١- ١ الوسائل الباب- ٣٣- من أبواب المتعه.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٤٣- من أبواب المتعه.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٨- من أبواب المتعه الحديث ٣ و الباب- ٢٠- منها الحديث ٣.

٤- ٤ سوره البقره: ٢- الآيه ٢٢٦.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٩- من أبواب أقسام الطلاق من كتاب الطلاق.

٦- ٦ سوره البقره: ٢- الآيه ٢٣٠.

الدائم، و لأن من لوازم الإيلاء المطالبه بالوطة، و هو هنا منتف، لعدم استحقاقها إياه و لو زاد على الأربعة أشهر، نعم لا إشكال في جريان أحكام اليمين على ذلك لإطلاق أدلته، إنما المراد نفى أحكام الإيلاء. فما عن المرتضى - من وقوعه بها مع أنا لم نتحققه، بل المحكى من كلامه في الانتصار صريح في خلافه للآية (١) بعد معلوميه كونها من النساء و عدم اقتضاء قوله تعالى «وَ إِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ» التخصيص - واضح الضعف، لما عرفت.

و لا يقع بها لعان على الأظهر الأشهر، بل المشهور، بل حكى غير واحد الاتفاق عليه لنفى الولد، و ان كان فيه أنه مناف للمحكى عن صريح الجامع من وقوعه، نعم يردده

صحيح ابن أبي يعفور (٢) عن الصادق عليه السلام «لا يلاعن الرجل امرأته التي يتمتع بها»

و صحيح ابن سنان (٣) عنه (عليه السلام) أيضا «لا يلاعن الحر الأمة و لا الذميه و لا التي يتمتع بها»

كما أنهما يرد ان المفيد و السيد فيما حكى عنهما من وقوعه للذف، ضروره إطلاقهما، و مع فرض كون التعارض بينهما و بين ما دل عليه من وجه فلا ريب في أن الترجيح لهما بالشهره العظيمه و مخالفه أحكام اللعان للأصل.

و في الظهار تردد من صدق الزوجيه، فتندرج في إطلاق الأدله و عمومها، و من كون أحكامه على خلاف الأصل فيقتصر فيه على موضع اليقين، و لأن من لوازمه الإلزام بالفيئه أو الطلاق و ليس هنا إذ لا حق لها في الوطة، مع أنه لا يقع بها طلاق و قيام هبه المده مقامه لا دليل عليه أظهره عند المصنف أنه يقع بها وفاقا للمحكى عن الأكثر، و منهم ابن إدريس في بعض فتاواه، و خلافا له أيضا و ابن أبي عقيل و الجنيد، لانقطاع الأصل بإطلاق الأدله و عمومها، و الإلزام بأحد الأمرين لا يوجب التخصيص، إذ من الجائز اختصاصه بمن يمكن معه أحد الأمرين، و هو الدائم و كذا المرافعه دون غيرها، فيبقى أثره فيها باقيا و هو اعتزالها، لكن

١- ١ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٢٦.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٠- من كتاب اللعان الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٠- من كتاب اللعان الحديث ٢.

فيه أنه مناف ل

مرسل ابن فضال (١) عن الصادق عليه السلام «لا يكون الظهار إلا على مثل موضع الطلاق»

و احتمال أنها من المثل كما ترى، بل عدم وقوع اللعان والإيلاء عليها مما يومئ أيضا إلى عدم وقوعه فيها، كإيماء ما ذكر من أحكامه إلى ذلك كما لا يخفى على من تأمل.

[السابع لا يثبت بهذا العقد ميراث بين الزوجين شرطا سقوطه أو أطلاقا]

السابع لا يثبت بهذا العقد ميراث بين الزوجين شرطا سقوطه أو أطلاقا وفاقا للأكثر، بل المشهور بل عن الغنية نفى الخلاف عنه و لعله كذلك إلا من القاضى، فجعله كالدوام، لصدق الزوجه التى لا يصح اشتراط سقوط إرثها كغيرها من الورثة، و من ابن أبى عقيل و المرتضى، و كذلك ما لم يشترط السقوط، جمعا بين ذلك و بين ما دل على لزوم الشرط من

قوله صلى الله عليه و آله (٢)

«المؤمنون»

و غيره، و خصوص

موثق ابن مسلم (٣)

فى الرجل يتزوج المرأة متعه إنهما يتوارثان إذا لم يشترطا، و انما الشرط بعد النكاح»

لكنهما معا كما ترى، ضروره إرادته غير المستمتع بها من الزوجه بالنصوص (٤)

المعتبره التى يمكن دعوى تواترها.

(منها) خبر

أبان بن تغلب (٥) قلت لأبى عبد الله عليه السلام: «كيف أقول لها

١- ١ الوسائل الباب- ٢٠- من كتاب الظهار الحديث ٣.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٠- من أبواب المهور الحديث ٤.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٩- من أبواب المتعه الحديث ٤.

٤-٤ الوسائل الباب-٣٥- من أبواب مقدمات النكاح و الباب-٤- من أبواب المتعه الحديث ٤ و ٥ و الباب-١٨- و ٢٣ منها
الحديث ٥ و الباب-٣٢- منها الحديث ٣ و ٦ و ٧ و ٨ و ١٠ و الباب-١٧- من أبواب ميراث الأزواج من كتاب المواريث.
٥-٥ الوسائل الباب-١٨- من أبواب المتعه الحديث ١ و ذكر ذيله في الباب-٢٠- منها الحديث ٢.

إذا خلوت بها؟ قال: تقول: أتزوجك متعه على كتاب الله و سنه نبيه صلى الله عليه و آله لا وارثه و لا موروثه كذا و كذا يوما، و إن شئت كذا و كذا سنه، بكذا و كذا درهما، و تسمى من الأجر ما تراضيتما عليه قليلا كان أو كثيرا فإذا قالت: نعم فقد رضيت، فهي امرأتك و أنت أولى الناس بها، قلت، فإنى أستحيى أن أذكر شرط الأيام، قال: هو أشعر عليك، قلت: و كيف ذاك؟ قال: إنك إن لم تشترط كان تزويج مقام، و لزمتهك النفقه، و كانت وارثه، لم تقدر على أن تطلقها إلا طلاق السنه»

ضروره كون المراد من ذلك بيان أن المتعه حكمها ذلك كى لا تكون الامراه مخدوعه، خصوصا بعد أن صرح فيه بالفرق بين من ترك الأجل فيها و من ذكر، بصيروره الاولى دائمه وارثه بخلاف الثانيه، فإنه كالصريح فى أن ذلك حد المتعه و منه يعلم وجه الدلاله فى هذا القسم من النصوص، كخبر أبى بصير (١)

و خبر ثعلبه (٢)

و خبر مؤمن الطاق (٣)

و خبر هشام بن سالم (٤).

و (منها)

خبر عبد الله بن عمر (٥)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن المتعه، فقال: حلال لك من الله و رسوله، قلت: فما حدها؟ قال: من حدودها أن لا ترثها و لا ترثك»

إلى آخره.

و (منها)

صحيح سعيد بن يسار (٦) عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يتزوج المرأة متعه و لم يشترط الميراث، قال: ليس بينهما ميراث، اشترطا أو لم يشترطا»

و نحوه المرسل فى الكافى (٧).

و (منها)

مرسل ابن أبى عمير (٨) عن أبى عبد الله عليه السلام «لا بأس بالرجل يتمتع بالمرأه على حكمه، و لكن لا بدله من أن يعطيها شيئا، لأنه إن حدث به حدث لم يكن لها ميراث».

- ١-١ الوسائل الباب- ١٨- من أبواب المتعه الحديث ٤.
- ٢-٢ الوسائل الباب- ١٨- من أبواب المتعه الحديث ٢.
- ٣-٣ الوسائل الباب- ١٨- من أبواب المتعه الحديث ٥.
- ٤-٤ الوسائل الباب- ١٨- من أبواب المتعه الحديث ٣.
- ٥-٥ الوسائل الباب- ٣٢- من أبواب المتعه الحديث ٨.
- ٦-٦ الوسائل الباب- ٣٢- من أبواب المتعه الحديث ٧.
- ٧-٧ الوسائل الباب- ٣٢- من أبواب المتعه الحديث ٤.
- ٨-٨ الوسائل الباب- ٤٠- من أبواب المتعه الحديث ١.

و (منها)

صحيح عمر بن حنظله (١)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شروط المتعه، فقال: يشارطها على ما شاء من العطيه و يشترط الولد إن أراد، و ليس بينهما ميراث».

و (منها)

خبر زراره (٢) عن أبي جعفر عليه السلام في حديث «و لا ميراث بينهما إذا مات واحد منهما في ذلك الأجل».

و (منها) ما دل على (٣)

«أن المتمتع بها ليست كالحره، هي مستأجره كالأمه، خصوصا

خبر محمد (٤) منها عن أبي جعفر عليه السلام «في المتعه، قال: ليست من الأربع، لأنها لا تطلق و لا ترث و لا تورث و إنما هي مستأجره»

الظاهر أو الصريح في اختصاص الإرث بالأربع من الزوجات بخلاف المتعه التي هي مستأجره و بمنزله الأمه، بل لا يخفى على من تأمل ما ورد في المتعه و خصوصا نصوص النهي عنها لمن يتمكن من التعفف بالتزويج (٥)

أنها ليست زوجه توارث، و إنما هي استمتاع و انتفاع، كما عساه يومئ إليه مقابله ذلك بالتزويج، بل يعرف ذلك منا العامه فضلا عن الخاصه، فإن

أبا حنيفه قال لمؤمن الطاق في مباحثته له: «آيه الميراث تنطق بنسخ المتعه، فقال له مؤمن الطاق: قد ثبت النكاح بغير ميراث، فقال أبو حنيفه من أين قلت ذاك؟ فقال: لو أن رجلا من المسلمين تزوج بامرأه من أهل الكتاب ثم توفى عنها ما تقول فيه؟ قال: لا ترث منه، فقال: قد ثبت النكاح بغير ميراث».

١- ١ ذكر صدره في الوسائل في الباب- ٣٣- من أبواب المتعه الحديث ٣ و ذيله في الباب- ٣٢- منها الحديث ٦.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣٢- من أبواب المتعه الحديث ١٠.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٦- من أبواب المتعه الحديث ١.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٤- من أبواب المتعه الحديث ٤ و ليس فيه «و لا تورث» و هي المذكوره في الاستبصار ج ٣ ص ١٤٧ الرقم

٥٣٩.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٥- من أبواب المتعه.

و من ذلك كله يعلم ما فى كلام القاضى بل و ما فى كلام المرتضى، ضروره اقتضاء العموم المزبور جواز اشتراط عدم التوارث فى الدائم أيضا، و هو معلوم البطالين و الموتق المزبور بعد الغض عما فيه من حصر الشرط فيما بعد النكاح الذى قد عرفت البحث محمول على إرادته اشتراط الأجل، أى يتوارثان ما لم يشترطا الأجل، فىكون متعه لا توارث بينهما، أو مطرح لقصوره عن معارضه ما سمعت من وجوه، هذا كله فيما إذا لم يشترطا أو اشترطا السقوط الذى قد بان عندك أنه مؤكد عندنا لا مؤسس.

و أما لو شرطوا التوارث أو شرط أحدهما قيل و القائل به جماعه من الأصحاب يلزم عملا بالشرط، و قيل و القائل جماعه أيضا، بل هو المحكى عن أكثر المتأخرين، بل عن الفاضل أنه المشهور لا يلزم لأنه أى الإرث لا يثبت إلا شرعا، فىكون اشتراطا لغير وارث، كما لو شرط لأجنبى و من المعلوم بطلانه، ضروره كون الشرط ملزما لما هو مشروع لا أنه شارع و لكن مع ذلك الأول أشهر بل فى الرياض كاد يكون مشهورا، ل

صحيح محمد بن مسلم (١) عن الصادق عليه السلام فى حديث «و إن اشترط الميراث فهما على شرطهما»

وصحيح البنظى (٢) عن أبى الحسن الرضا عليه السلام قال: «ترويج المتعه نكاح بميراث و نكاح بغير ميراث، إن اشترطت الميراث كان، و إن لم تشترط لم يكن»

قيل و نحوه الصحيح الآخر المروى عن قرب الاسناد للحميرى (٣)

و الظاهر أنه وهم، فان الحميرى إنما رواه عن البنظى أيضا بهذا اللفظ على ما حكى عنه.

و على كل حال فهذان الخبران لمكان اعتبار سنديهما قد اغتر بهما جماعه من المتأخرين منهم الشهيدان، حتى قال ثانيهما: «إنه بهما يجاب عن أدله الفريقين، لدلالتهما على كون اشتراط الميراث سائغا لازما، فىثبت به، و على أن أصل

١- ١ الوسائل الباب- ٣٢- من أبواب المتعه الحديث ٥.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣٢- من أبواب المتعه الحديث ١.

٣- ٣ أشار إليه فى الوسائل الباب- ٣٢- من أبواب المتعه الحديث ١ و ذكره فى البحار ج ١٠٣ ص ٣١٣ ط الحديث.

الزوجيه لا يقتضيه، فتكون الآية (١) مخصوصه بهما، كما خصصت في الزوجه الذميه ب

روايه (٢)

«إن الكافر لا يرث المسلم»

و يظهر أن سببيه الإرث مع اشتراطها تصير ثابتة بوضع الشارع و إن كانت متوقفه على أمر من قبل الوارث كما لو أسلم الكافر، و كذا يظهر جواب ما قيل: إنه لا- مقتضى للتوارث هنا إلا الزوجيه، و لا يقتضى ميراث الزوجه إلا الآية، فان اندرجت هذه في الزوجه في الآية ورثت و إن لم يشترط ثبوته، و بطل شرط نفيه، و إن لم يندرج في الزوجه في الآية لم يثبت الشرط، لأنه شرط توريث من ليس بوارث، و هو باطل، و وجه الجواب عنه بعد تسليم اندراجها في الآية أنها بدون الشرط مخصوصه بالروايتين المعترى الاسناد، و بالشرط داخله في العموم، لعدم المقتضى للتخصيص».

و فيه أن ذلك غريب في النظائر، بل في كشف اللثام عديم النظير، بل يبعد رجحانها على صحيح ابن يسار (٣)

المؤيد بالمرسل في الكافي (٤)

و بظاهر ما سمعته من النصوص المزبوره (٥)

الظاهره و المصرحه بعدم اقتضاء عقد المتعه الإرث و إنما هو كالإجاره بالنسبه إلى ذلك، بل ربما ظهر من خبر هشام بن سالم

(٦)

منها اقتضاؤه عدم الإرث و أن ذلك من حدودها نحو حد الاعتداد بما تسمعه، فشرط إرثها حينئذ مع كونه من شرط إرث غير الوارث المعلوم بطلانه سبب (٧) مخالفته للكتاب و السنه مناف لما اقتضاه عقد المتعه أيضا، و دعوى كون الإرث بالزوجيه حال الشرط لا به كما ترى، خصوصا بعد القطع من الأدله السابقه أن زوجيتها الحاصله منها ليست سبب إرث، بل سبب منع منه.

و حمل خبر ابن يسار على اشتراط سقوط الإرث ليس بأولى من حمل الخبرين

١- ١ سورة النساء: ٤- الآية ١٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١- من أبواب موانع الإرث الحديث ٣ من كتاب المواريث.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٣٢- من أبواب المتعه الحديث ٧.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٣٢- من أبواب المتعه الحديث ٤.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٣٢- من أبواب المتعه.

٦- ٦ الوسائل الباب- ٢٠- من أبواب المتعه الحديث ٣.

٧- ٧ هكذا في النسختين الأصليتين المبيضة و المسوده و الصحيح «بسبب».

على إرادته الوصية من الإرث فيهما، بل هذا أولى لما عرفت، و لأنه مقتضى إفاده الشرط الإرث أن يكون ذلك على حسب ما يقع منه، و لذا لو اختص الشرط بأحدهما كان الإرث له خاصة، هي بمكان الشرط مع غلبه التوارث من الجانبين، و حينئذ فيتجه صحه اشتراط إرثهما لا على حسب إرث الزوجه و الزوج، و هو من المستغربات.

و أغرب منه التزام صحه شرطيه إرث الزوجه و الزوج على حسب حالهما من وجود الولد و عدمه بالنسبه إلى النصف و الثمن و الربع، و إرث العقار و عدمه، من غير فرق بين مقارنة مقتضيات ذلك و تجددده، بمعنى أن الشرط يصيرها كذلك و لا ينبغي لمن رزقه الله معرفه مذاق الشرع أن يحتمل ذلك، فضلا عن أن يكون فتوى، و خصوصا بعد معلوميه (١) عقد المتعه بالموت، و أنه بمنزله الهبه، بخلاف عقد الدوام، فلا زوجيه حينئذ بينهما كي يقتضى التوارث، بل يكون بالموت كمن و هبت المده، بل لعل ذلك هو السبب فى عدم اقتضاء المتعه الإرث، ضروره كونها حينئذ كموت العين المستأجره الذى من المعلوم بطلان الإجاره بها، و يتفرع عليه عدم جواز تغسيلها و النظر إليها و عدم أولويته بها، فمن الغريب بعد ذلك جرأه من عرفت على الفتوى بذلك، فالتحقيق عدم إرثها مطلقا بل لو اشترطا ذلك فى العقد على غير جهة الوصيه بطل العقد بناء على اقتضاء بطلان الشرط بطلانه، و الله هو العالم.

[الثامن إذا انقضى أجلها بعد الدخول فعدتها حيضتان]

الثامن إذا انقضى أجلها بعد الدخول أو وهبت الأجل حره كانت أو أمه بلا خلاف في التسويه بينهما فعدتها حيضتان وفاقا للشيخ ومن بعده، كما في كشف اللثام. و روى (١) حيضه و عمل به ابن أبي عقيل على ما قيل، بل عن ابن أذينة أنه مذهب زواره أيضا و هو متروك بين الأصحاب، فلا يعارض الأول الذي يدل عليه

الصحيح أو الحسن عن إسماعيل بن الفضل (٢)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعه، فقال: ألقى عبد الملك بن جريح فأسأله عنها، فان عنده منها علما، فأتيته فأملى على شيئا كثيرا في استحلالها، و كان فيما روى ابن جريح قال: ليس فيها وقت و لا عدد- إلى أن قال:- و عدتها حيضتان، فان كانت لا تحيض فخمسه و أربعون يوما، فأتيت بالكتاب أبا عبد الله عليه السلام، فعرضته عليه فقال: صدق و أقربه»

و خبر أبي بصير (٣) المروى عن تفسير العياشى و عن كتاب الحسين بن سعيد على ما عن البحار عن أبي جعفر عليه السلام «فى المتعه- إلى أن قال:- و لا تحل لغيرك حتى تنقضى عدتها، و عدتها حيضتان»

و ما فى المسالك و الروضه من

خبر محمد بن الفضل (٤) عن أبي الحسن الماضى عليه السلام «طلاق الأمه تطليقتان، و عدتها حيضتان»

منضمنا إلى ما رواه

زواره (٥) فى الصحيح عن الباقر عليه السلام «إن على المتمتع ما على الأمه»

فإن المجتمع من الروايتين أن عده المتعه حيضتان، و إن كان قد يناقش فيه- بعد الغض عن

١- ١ الوسائل الباب- ٢٢- من أبواب المتعه الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٤- من أبواب المتعه الحديث ٨.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٣- من أبواب المتعه الحديث ٦ و البحار ج ١٠٣ ص ٣١٥ ط الحديث.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٤٠- من أبواب العدد الحديث ٥ عن محمد بن الفضيل.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٥٢- من أبواب العدد الحديث ٢ من كتاب الطلاق.

اختلاف روايات الأمه كما ستعرفه في محله- بأن صحيح زراره لا دلالة فيه على ذلك بقريته صدره، قال فيه: «و عده المطلقه ثلاثه أشهر، و الأمه المطلقه عليها نصف ما على الحره، و كذلك المتمتع عليها مثل ما على الأمه» إذ هو ظاهر في إرادته المماثله بالأشهر، نعم قد ورد تشبيه المتمتع بها بالأمه في غير المقام، فيمكن بإطلاق التشبيه تتميم الاستدلال، و إن كان هو كما ترى أيضا.

و على كل حال فالعمده حينئذ ما سمعت مما لا يعارضه- بعد ما عرفت-

صحيح زراره (١) عن أبي عبد الله عليه السلام «عده المتمتع إن كانت تحيض فحيضه، و إن كانت لا تحيض فشهريه و نصف»

و الموجود في الكافي كما اعترف به غير واحد إسقاط «عده المتمتع» منه، نعم هو في التهذيب كذلك، و يؤيده روايته في الكافي في عده المتمتع بها، مضافا إلى ما عرفته من مذهب زراره المظنون كون سنده ذلك، و لا

خبر عبد الله بن عمر (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث إلى أن قال: «فكم عدتها؟

قال: خمسة و أربعون يوما أو حيضه مستقيمه»

و لا

خبر محمد بن أبي نصر (٣) عن الرضا عليه السلام المروى عن قرب الاسناد «قال أبو جعفر عليه السلام: عده المتمتع حيضه، و قال: خمسة و أربعون يوما»

لاحتمال إرادته الحيضه و طهرها التأمين بدخول الحيضه الثانيه، فيكون حيضتين بناء على الاجتزاء بالدخول في الحيضه هنا، ل

خبر عبد الله ابن جعفر الحميري (٤) عن صاحب الزمان المروى عن كتاب الاحتجاج «إنه كتب إليه في رجل تزوج امرأه بشىء معلوم و بقى له عليها وقت فجعلها في حل مما بقى له عليها، و إن كانت طمئت قبل أن يجعلها في حل من أيامها ثلاثه أيام أ يجوز أن يتزوجها رجل آخر بشىء معلوم إلى وقت معلوم عند طهرها من هذه الحيضه أو يستقبل بها حيضه أخرى؟ فأجاب عليه السلام يستقبل بها حيضه غير تلك الحيضه، لأن أقل العده حيضه و طهره تامه» و عن بعض النسخ «و طهاره»

بناء على أن المراد

١- ١ الوسائل الباب- ٢٢- من أبواب المتعه الحديث ١ و ليس فيه «عده المتمتع» و الموجود في التهذيب ج ٨ ص ١٦٥ الرقم ٥٧٣ «عده المتعه ان كانت تحيض».

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٢- من أبواب المتعه الحديث ٤.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٢- من أبواب المتعه الحديث ٦.

منه ما ذكرناه، لا أن المراد الطهاره التامه من الحيضه، بمعنى اعتبار نقائها تماما من الحيض، بل بناء على ما ذكرناه يمكن تنزيل

صحيح ابن الحجاج (١) عليه «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة يتزوجها الرجل متعه ثم يتوفى عنها هل عليها العده؟

قال: تعتد أربعه أشهر و عشرا و إذا انقضت أيامها و هو حي فحيضه و نصف مثل ما يجب على الأمه»

الحديث الذى قد حكى العمل به عن الصدوق فى المقنع، و إلا كان متروكا كسابقه.

نعم ما يحكى عن المفيد من أن عدتها طهران قول معروف بين الأصحاب محكى عن ابنى زهره و إدريس و العلامه فى المختلف، بل هو ظاهر ثانى الشهيدين بل عن ابن زهره الإجماع عليه، لكن لم أعرف له دليلا- بالخصوص سوى ما ذكره فى محكى المختلف له من أخبار الحيضه، فإنه إذا كملت لها حيضه فقد مضى عليها طهران: أحدهما قبلها و الآخر بعدها، إذ يكفى منهما لحظه، و فيه أنه أعم من ذلك، ضروره عدم تحقق الطهرين بها فيما لو فرض مقارنتها لانتهاه الأجل، و سوى ما فى المسالك من الاستدلال له ب

حسن زراره (٢) عن الباقر عليه السلام «إن كان حر تحته أمه فطلاقه تطليقتان و عدته قرءان»

لكون المراد من القرءين فى العدد الطهرين نصا (٣)

و فتوى كما تسمعه فى محله إنشاء الله منضمنا إلى ما سمعته سابقا من النص (٤)

على أن على المتمتعه ما على الأمه.

و فيه منع كون المراد بالقرءين هنا الطهرين و ثبوته فى ذلك المقام لا يستلزم القول به هنا، خصوصا بعد النصوص المعتمره (٥)

الداله على أن عده الأمه حيضتان، بل يقوى تفسير هذا المجمل بها، فإنه و إن تعارض الروايات فى الأمه المشبه بها المتعه إلا أنك ستسمع إن شاء الله فى محله ما يدل من المعتمره على كون العده فيها الحيضتين، على أنه يمكن أن يقال بعد إرادته الكامل من الطهر- كما سمعته فى خبر صاحب الزمان

١-١ الوسائل الباب- ٢٢- من أبواب المتعه الحديث ٥.

٢-٢ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد الحديث ١.

٣-٣ الوسائل الباب- ١٤- من أبواب العدد من كتاب الطلاق.

٤-٤ الوسائل الباب- ٥٢- من أبواب العدد- الحديث ٢ من كتاب الطلاق.

٥-٥ الوسائل الباب- ٤٠- من أبواب العدد من كتاب الطلاق.

روحي له الفداء - تتحقق الحيضتان أيضا.

و بذلك كله يظهر لك اجتماع النصوص جميعها على الحيضتين بناء على الاجتزاء بالدخول فى الحيضه الثانيه، بل منه يعلم عدم أحوطيه الحيضتين من الطهرين، لإمكان تحققهما بدون الطهرين، كما فى المثال المفروض فيه مقارنة الحيضه لانقضاء الأجل، إلا أنى لم أجد تحريرا فى كلامهم هنا لكيفيه الاعتداد بالحيضتين، و أنه هل لا بد من حيضتين تامتين، فلا يجزى، حينئذ انقضاء أجلها فى أثناء حيضها و الدخول فى حيضه أخرى، أو أنه يكفى فيهما بعض الحيضه الاولى و لو لحظه و الحيضه الثانيه و لو لحظه، أو أنه لا بد من تمام الحيضه الثانيه خاصه، كما يومئ إليه خبر صاحب الزمان عليه السلام أو بالعكس، أو لا بد من حيضه كامله و لحظه من حيضه أخرى من غير فرق بين السابقه و اللاحقه، إلا- أن الذى ينساق إلى الذهن الأول الذى هو مقتضى الأصل و على كل حال فلا ريب فى أن الأقوى اعتبار الحيضتين بما عرفت مما لا يصلح غيره لمعارضته و لو للشذوذ و الندره، هذا كله فى التى تحيض.

و أما إن كانت لا تحيض و لم تئس لكونها فى سن من تحيض فخمسه و أربعون يوما إجماعا بقسميه، و نصوصا (١)

بل

فى خبر البيزنطى (٢) عن الرضا عليه السلام قال: «قال أبو جعفر عليه السلام: عدّه المتمتعه خمسّه و أربعون يوما و الاحتياط خمس و أربعون ليله»

بمعنى أن الاحتياط خمسّه و أربعون يوما بلياليها، بل الأولى عدم اعتبار التليفق.

و أما غير مستقيمه الحيض أو المسترابه فيه لرضاع و نحوه فقد يقوى أن العده أسبقهما، على معنى إن مضى لها خمسّه و أربعون قبل الحيضتين تمت عدتها، و إن اتفق الحيضتان قبل ذلك تمت العده على حسب ما سمعته فى الطلاق، و ربما يشهد له فى الجملة خبر قرب الاسناد (٣)

و احتمال أن المدار على الحيضتين و إن طال الزمان بعيد، بل يمكن القطع بعدمه بملاحظه ما سمعته فى كتاب الطلاق، و الله العالم.

١- ١ الوسائل الباب - ٢٢- من أبواب المتعه.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٢٢- من أبواب المتعه الحديث - ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب - ٢٢- من أبواب المتعه الحديث - ٦.

و تعتد المتمتع بها الحره من الوفاه و لو لم يدخل بها إجماعا بأربعه أشهر و عشره أيام إن كانت حائلا وفاقا للمشهور للآيه (١) في وجه و الأصل و

صحيح ابن الحجاج (٢) عن الصادق عليه السلام «سألته عن المرأة يتزوجها الرجل متعه ثم يتوفى عنها هل عليها عده؟ قال: تعتد بأربعه أشهر و عشرا»

و صحيح زراره (٣)

«سألت أبا جعفر عليه السلام ما عده المتعه إذا مات عنها الذى يتمتع بها؟ قال:

أربعه أشهر و عشرا، قال: ثم قال: يا زراره كل النكاح إذا مات الزوج فعلى المرأة حره كانت أو أمه و على أى وجه كان النكاح منه، متعه أو تزويجا أو ملك يمين فالعده أربعه أشهر و عشرا»

الحديث. خلافا للمفيد و المرتضى و العمانى و سارار، قعدتها شهران و خمسه أيام لأنها كالأمه فى الحياه فكذلك فى الموت، و

مرسل الحلبي (٤) عن أبى عبد الله عليه السلام «سألته عن رجل تزوج امرأه متعه ثم مات عنها ما عدتها؟ قال: خمسه و ستون يوما».

و فيه عدم خروج الأول عن القياس، إلا أن يراد التمسك بعموم المنزل الذى يجب الخروج عنه بما سمعت، و المرسل الذى لا جابر له ساقط عن الحجيه على أن فى سنده الطاطرى الواقفى الذى قيل فيه إنه شديد العناد فى مذهبه، صعب العصبية على من خالفه من الإماميه، فيجب حينئذ طرحه فى مقابله الصحيحين أو حمله على إرادته خصوص الأمه من الامراه فيه كحمل

خبر ابن يقطين (٥) عن أبى الحسن عليه السلام.

«عده المرأة إذا تمتع بها فمات عنها خمسه و أربعون يوما»

على الموت متصلا بانقضاء الأجل و إلا كان من الشواذ.

و تعتد بأبعد الأجلين منها أى المده على المختار أو على قول المفيد و من وضع الحمل إن كانت حاملا بلا خلاف و لا إشكال عملا بالعامين، فقول المصنف حينئذ على الأصح راجع للأول، و هو العده فى الحائل، هذا

١- ١ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٤.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٥٢- من أبواب العدد الحديث ١ من كتاب الطلاق.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٥٢- من أبواب العدد الحديث ٢ من كتاب الطلاق.

٤-٤ الوسائل الباب- ٥٢- من أبواب العدد الحديث ٤ من كتاب الطلاق.

٥-٥ الوسائل الباب- ٥٢- من أبواب العدد الحديث ٣ من كتاب الطلاق.

كله فى الحره.

و أما لو كانت أمه ف كانت عدتها حائلا بشهرين و خمسة أيام وفاقا للمشهور أيضا

للمعتبره المستفيضه (١)

«أن عدده الأمه إذا توفى عنها زوجها شهران و خمسة أيام»

مؤيده بما دل (٢)

على أنها على النصف من الحره على وجه كان ذلك كالأصل، خلافا للحلى و الفاضل و غيرهما فكالحره، ل صحيح زواره (٣)

السابق مؤيدا بما دل (٤)

على اعتدادها من الوفاء بذلك الشامل بإطلاقه للدائمه و المتمتع بها، ك

صحيح سليمان بن خالد (٥)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأمه إذا طلقت ما عدتها؟- إلى أن قال- قلت: فإن توفى عنها زوجها، فقال: إن عليا عليه

السلام قال فى أمهات الأولاد: لا يتزوجن حتى يعتدّن أربعة أشهر و عشرا و هن إماء»

و موثقه عنه عليه السلام (٦) أيضا «عده المملوكه المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر و عشرا»

و صحيح و هب بن عبد ربه (٧)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام «عن رجل كانت له أم ولد فزوجها من رجل آخر فأولدها غلاما، ثم إن الرجل مات فرجعت إلى

سيدها إله أن يطأها؟ قال: تعتد من الزوج الميت أربعة أشهر و عشره أيام ثم يطؤها بالملك بغير نكاح»

و الصحيح (٨)

«إن الأمه و الحره كليهما إذا مات عنهما زوجهما سواء فى العده إلا أن الحره تحد و الأمه لا تحد»

و عن الشيخ الجمع بينها بحمل هذه على أمهات الأولاد، و هو غير نام فى الأخيرين الظاهرين أو الصريحين فى غيرها، نعم لا

يبعد الجمع بالحمل على الاستحباب فى غير ذات الولد، و أما فيها فكالحره، للصحيح السالم عن المعارض.

- ٢-٢ الوسائل الباب - ٤٠- من أبواب العدد الحديث ٣ و الباب ٤٢ منها الحديث ١٠ و الباب ٤٧ منها الحديث ٢.
- ٣-٣ الوسائل الباب - ٥٢- من أبواب العدد الحديث ٢ من كتاب الطلاق.
- ٤-٤ الوسائل الباب - ٤٢- من أبواب العدد من كتاب الطلاق.
- ٥-٥ الوسائل الباب - ٤٢- من أبواب العدد الحديث ١ من كتاب الطلاق.
- ٦-٦ الوسائل الباب - ٤٢- من أبواب العدد الحديث ٥ من كتاب الطلاق.
- ٧-٧ الوسائل الباب - ٤٢- من أبواب العدد الحديث ٣ من كتاب الطلاق.
- ٨-٨ الوسائل الباب - ٤٢- من أبواب العدد الحديث ٢ من كتاب الطلاق.

و أما الحامل فعدتها أبعد الأجلين من المده و الوضع، و تركه المصنف لوضوحه، و اتكالا على ما ذكره سابقا.

[التاسع لا يصح له تجديد العقد عليها دائما و منقطعا قبل انقضاء الأجل]

التاسع: لا- يصح له تجديد العقد عليها دائما و منقطعا قبل انقضاء الأجل وفاقا للمشهور لعدم قابليه تأخر أثر عقد النكاح، و استحاله تحصيل الحاصل، و مفهوم

الصحيح (١)

«لا بأس بأن تزيدك و تزيدها إذا انقطع الأجل فيما بينكما، تقول لها: استحلتك بأجل آخر برضا منها، و لا يحل ذلك لغيرك حتى تنقضى عدتها»

و خبر أبان بن تغلب (٢) قلت لأبي عبد الله عليه السلام: «جعلت فداك الرجل يتزوج المرأة متعه فيتزوجها على شهر، ثم إنها تقع في قلبه فيحب أن يكون شرطه أكثر من شهر، فهل يجوز أن يزيدها في أجرها و يزداد في الأيام قبل أن تنقضى أيامه التي شرط عليها؟ فقال:

لا يجوز شرطان في شرط، قلت: فكيف يصنع؟ قال: يتصدق عليها بما بقى من الأيام، ثم يستأنف شرطا جديدا»

فان المراد من الشرطين الممدتان المتخالفتان و الأجران المتباينان في شرط، أى في عقد واحد، و مقتضاه حينئذ عدم صحه ذلك حتى لو فعله في أول العقد، بل لعل المراد أنه كما لا يجوز إعلان في عقد واحد فكذا لا يجوز عقد جديد قبل انفساخ عقد الأول، فيكون أصرح في الدلاله على ذلك و على كل حال فهو واضح الدلاله على المطلوب.

خلافًا للمحكي عن ابن حمزه و الفاضل في المختلف مستظها له أيضا من العماني- و إن كان فيه ما فيه- لإطلاق الأدله الذى لا ينافيه اشتغالها بأجله، كما لا ينافى عقده عليها فى أثناء عدته و إن لم يجز ذلك لغيره، كما تطابقت عليه

١- ١ الوسائل الباب- ٢٣- من أبواب المتعه الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٤- من أبواب المتعه الحديث ١.

(١) النصوص

و الفتاوى، خصوصا بعد تصريح الأدله (٢)

بأنهن مستأجرات، و لا ريب فى جواز ذلك فى الإجاره.

و فيه أنه يجب الخروج عن ذلك كله بما عرفت، كما أنه يجب تقييد ما ادعى وروده (٣)

من نفي البأس عن زياده الأجل بزياده الأجر فى تفسير قوله تعالى (٤) «وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَ بَيْنَهُمَا تَرَاضًا مِّمَّنْ بَعْدَ الْفَرِيضَةِ» إن كان بما عرفت كما هو واضح، و الله العالم. (٥)

١-١ الوسائل الباب-٢٣- من أبواب المتعه الحديث-١.

٢-٢ الوسائل الباب-٤- من أبواب المتعه الحديث ٢ و ٤ و ٥ و الباب-٢٦- منها الحديث ١.

٣-٣ الوسائل الباب-٢٣- من أبواب المتعه الحديث ٨.

٤-٤ سورة النساء: ٤- الآيه ٢٤.

٥-٥ بما أن كتاب النكاح قسم الى جزءين فى النسخه الأصلية المبيضة لذلك ذكر هنا ما يأتى «تم المجلد الأول من كتاب النكاح الذى هو المجلد السابع من قسم العقود زاد الله توفيق الشارح، انه رؤوف ودود، و يتلوه المجلد الثامن و هو جلد آخر النكاح فى نكاح الإمام بعون الله خالق الأرض و السماء» و من هنا افتتح الجزء الثانى منه بالبسمله، و حيث ان شيئا من ذلك لم يكن فى النسخه الأصلية المسوده لذلك أسقطناه من الكتاب.

[القسم الثالث فى نكاح الإمام]

[أما العقد]

[يلحق هنا مسائل]

[المسأله الأولى لا يجوز للعبد و لا للأمه أن يعقدا لأنفسهما نكاحا إلا بإذن المالك]

القسم الثالث فى نكاح الإمام أى وطئهن و هو إما بالملك أو بالعقد لعدم خروج أصل النكاح عن ذلك لقوله تعالى (١) «إِلَّا عَلَىٰ أَرْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ»* و غيره، و التحليل عقد أو ملك منفعه كما ستعرفه إن شاء الله.

[أما العقد]

و قد عرفت أن العقد ضربان دائم و منقطع، و قد مضى كثير من أحكامهما المشتركه بين الإمام و غيره

[يلحق هنا مسائل]

و لكن يلحق هنا مسائل.

[المسأله الأولى لا يجوز للعبد و لا للأمه أن يعقدا لأنفسهما نكاحا إلا بإذن المالك]

الأولى لا يجوز للعبد و لا للأمه أن يعقدا لأنفسهما نكاحا إلا بإذن المالك بل و لا يجوز على الأصح أن يعقدا لغيرهما أيضا ذلك و لا- غيره من المعقود، و إن كان لو وقع منهما ترتب الأثر و إن إثما من غير حاجه إلى إذن السيد، نعم قد يقال بوجوب الأجره على من له العقد على إشكال فيما إذا لم يكن ذلك بأمره من وصول منفعه مال الغير إليه و من عدم حصول سبب الضمان منه، فالأصل البراءه.

و كيف كان فان عقد أحدهما من غير إذن وقف على إجازة المالك بناء على المختار من صحه الفضولى خصوصا فى النكاح و سيما فى العبد الذى عن الخلاف الإجماع عليه، مضافا إلى المعتبره (٢) المستفيضه فيه، فان أجاز انكشف صحه العقد على

١- ١ سورة المؤمنون: ٢٣- الآيه ٦.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٤ و ٢٥ و ٢٦ و ٢٩ من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

الأصح و إلا انكشف بطلانه.

و لكن مع ذلك قيل و القائل النهايه و التهذيب و المهذب فيما حكى عنها بل تكون اجازة المالك كالعقد المستأنف قال فيها: «إن من عقد على أمه الغير بغير إذنه فنكاحه باطل، فإن رضى المولى كان رضاه كالعقد المستأنف» و يمكن بل فى كشف اللثام أنه الظاهر إرادته التزلزل من البطلان فيه كما عن النكت و المختلف، أو البطلان ان لم يرض المولى، فيكون موافقا للمشهور حينئذ و إلا كان واضح الفساد ضروره عدم التحليل بما لم يقصد منه ذلك، إذ الفرض رضاه بالعقد السابق.

و قيل و القائل من أبطل الفضولى يبطل العقد فيهما أى فى العبد و الأمه، و حينئذ فتلغى الإجازة إذ لا تصير الفاسد فى نفسه صحيحا إلا أنك قد عرفت ما فيه.

و فيه أيضا قول رابع قد اختاره ابن حمزه فيما حكى عنه مضمونه اختصاص تأثير الإجازة بعقد العبد (١١) للنصوص (١)

الكثيره دون الأمه (١٢) التى نهى عن العقد عليها بدون الاذن (٢)

و هو يقتضى الفساد، بل فى بعض الأخبار (٣)

٢٦٨٥٩ النص على البطلان، و فى آخر أنه زنا (٤) و مال إليه فى الحدائق بل لعله ظاهر محكى الخلاف و السرائر.

و (١٣) لا- ريب فى أن الأول أظهر (١٤) بل الرابع منها واضح الضعف، ضروره إرادته النكاح تاما من دون مراعاة الاذن و لو لا حقا من النهى المزبور، و كذا البطلان و الزنا كما عرفته فى نظائر ذلك، و خلو النصوص بالخصوص عن التعرض للأمه اتكالا على ما ذكر فى العبد الذى يمكن إرادته المملوك الشامل لهما منه، بل قد سمعت سابقا

١- ١ الوسائل الباب- ٢٤ و ٢٥ و ٢٦- من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٤.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٦٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٢ و ٣.

أنه ورد (١)

جواز نكاح أمه المرأة من غير إذنها و إن كنا لم نعمل به.

على أن بعض النصوص هنا قد اشتملت على التعليل الذي هو كالصريح في عدم الفرق بين العبد و الأمه، ك

حسن زراره (٢) أو موثقه عن أبي جعفر عليه السلام «سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده، فقال: ذاك إلى سيده إن شاء أجازته و إن شاء فرق بينهما، قلت:

أصلحك الله إن الحكم بن عيينه و إبراهيم النخعي و أصحابهما يقولون: إن أصل النكاح فاسد، و لا يحلله إجازته السيد له، فقال أبو جعفر عليه السلام: إنه لم يعص الله و إنما عصى سيده، فإذا أجازته فهو جائز له»

و خبره الآخر (٣) عنه عليه السلام أيضا «سألته عن رجل تزوج عبده بغير إذنه فدخل بها ثم اطلع على ذلك مولاه، فقال: ذلك إلى مولاه إن شاء فرق بينهما و إن شاء أجاز نكاحهما، و للمرأة ما أصدقها إلا أن يكون اعتدى فأصدقها صداقا كثيرا، فإن أجاز نكاحه فهما على نكاحهما الأول، فقلت لأبي جعفر عليه السلام: فإنه في أصل النكاح كان عاصيا، فقال أبو جعفر عليه السلام: إنما أتى شيئا حلالا، و ليس بعاص الله، و إنما عصى سيده و لم يعص الله، إن ذلك ليس كإتيانه ما حرمه الله عليه من نكاح في عبده و أشباهه»

إذ هي صريحه في أن عصيان الله تعالى في النكاح الذي هو من قبيل المعامله يقتضى فساده، و أن نكاح العبد الغير المأذون إنما لم يفسد، لأنه لم يعص الله و إنما عصى سيده، و هذا لا فرق فيه بين العبد و الأمه.

و تحقيق ذلك على وجه يجدى في غير المقام أيضا أن المعصيه المنفيه في

قوله عليه السلام: «لم يعص الله»

ليست مطلق المعصيه، بل المراد منها معصيه مخصوصه تقتضى فساد النكاح، و المعنى أنه لم يعص الله سبحانه عصيانا يوجب الفساد كما في نكاح المحرمات و النكاح في العده و غيرهما مما يحرم لعينه أو وصفه اللازم كما يدل عليه

قوله عليه السلام: «إنما أتى شيئا حلالا»

و قوله عليه السلام: «إن ذلك ليس كإتيانه»

إلى آخره و إلا فعصيان السيد يستلزم عصيان الله، لأن الله أوجب على العبد طاعه سيده، فإذا عصى سيده فقد عصى الله، فلا يصح نفي المعصيه عنه مطلقا، و إنما يصح نفي المعصيه

١-١ الوسائل الباب-١٤- من أبواب المتعه.

٢-٢ الوسائل الباب-٢٤- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث ١.

٣-٣ الوسائل الباب-٢٤- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث ٢.

الناشئ من أصل النكاح، فإن معصية الله في نكاح العبد بدون إذن سيده إنما نشأ من عصيان سيده، و هو أمر خارج عن النكاح مفارق إياه.

و حاصل الوجه المذكور أن المعصية الموجهة لفساد النكاح هي مخالفته أمر الله تعالى في نفس النكاح، و عصيان المملوك في نكاحه بدون إذن سيده ليس كذلك فإنه قد حصل منه في نكاحه ذلك معصيتان: معصية لسيده في أصل النكاح و معصية لله تعالى باعتبار مخالفته لسيده، و من المعلوم أن شيئاً منهما ليس عصياناً لله في أصل النكاح فلا يكون عصياناً موجبا لفساد النكاح، فمعنى

قوله عليه السلام: «إنه لم يعص الله و لكن عصى سيده»

انه لم يعص الله عصياناً راجعاً إلى أصل النكاح حتى يفسد نكاحه، و إنما عصى سيده معصية موجهة لعصيان الله فيما هو خارج عن النكاح، و ذلك لا- يوجب فساده، و هو صريح فيما اخترناه من التفصيل في الأصول، و حجه على كل من إطلاقى القول بالفساد و عدمه.

لا- يقال: إن ذلك يقتضى الصحة و إن لم تحصل الإجازة، و هو معلوم البطلان لأننا نقول: عدم الصحة مع فقد الإجازة ليس للتحريم، بل لاشتراط رضا المولى في صحة النكاح و إن كان متأخراً عن العقد، فمع حصوله لم يبق إلا عصيانه في فعله ذلك، و قد عرفت أنه لا يقتضى الفساد، فيصح العقد حينئذ لوجود المقتضى و ارتفاع المانع، فقوله عليه السلام: «لم يعص» إلى آخره، إشارة إلى الثانى، و

قوله عليه السلام: «فإذا أجازته»

إلى آخره، إشارة إلى الأول.

كما أن ما يقال: إنه لا دليل على خصوص المعصية المنفيه التى تكون مدار الفساد يدفعه ما عرفت من ظهور الخبرين فى عدم اقتضاء المعصية بأمر خارج الفساد، و اقتضاءها ذلك فيما كان راجعاً إلى أصل النكاح أو وصفه اللازم، كما يشهد له

قوله عليه السلام: «إنما أتى شيئاً حلالاً»

إلى آخره، على أنه لا إشكال فى دلالة الخبرين المزبورين على بطلان إطلاقى القول بالفساد و عدمه، و ذلك يستلزم التفصيل، إذ ليس فى المسألة تفصيل آخر يمكن الحمل عليه.

كما يدفع ما عساه يقال- من أن العصيان مخالفته الأمر، و السؤال فى الرواية

لم يقع إلا عن التزويج بغير إذن الذى هو العنوان فى كلام الفقهاء، فالمراد من العصيان حينئذ هو الوقوع بغير إذن، ولا شك أن العمومات تقتضى صحته، بل المفروض فيما إذا كان هناك دليل شرعى يقتضى صحته، وحينئذ يكون معنى

قوله عليه السلام: «لم يعص الله»

أن فعل العبد موافق لقول الله الذى يقتضى صحته، غاية ما فى الباب أنه وقع بغير إذن السيد، فلو كان السيد هو المعقود له بغير إذنه تكون الإجازة له فكذا العقد على عبده، لاتحاد دليل الصحه و مقتضاها، فالخبر حينئذ دال على عدم الاقتضاء كما عليه المعظم، و لو أريد من العصيان ظاهره لم يصح الحكم بأنه «لم يعص الله» إلى آخره، بل كان الأمر بالعكس، إذ المفروض أنه لم يقع منه نهى، و إنما عصى الله فى عقده بدون إذن سيده، لنهيه عن ذلك بدون إذنه مولاه- بأن العصيان إنما يستعمل فى مخالفه الحكم الشرعى، و إطلاقه على مخالفه الحكم الوضعى كمخالفه الصحه غير معهود، و إنما المعهود فيه إطلاق الفساد و البطلان مع أن الحمل عليه لا يستقيم فى

قوله عليه السلام: «و إنما عصى سيده»

إذ ليس للسيد قول يقتضى الصحه حتى يكون فعل العبد مخالفًا له.

و حمل العصيان هنا على حقيقته مع إرادته المعنى المذكور فى قوله عليه السلام:

«لم يعص» تفكيك ركيك لا يلائمه الحصر، فإنه إنما هو بالقياس إلى ما نفى فى

قوله عليه السلام: «لم يعص الله»

فيكون إثباتا للمعنى المنفى هناك، فلا يصح التفكيك على الحقيقة، على أن الحقيقة فى

قوله عليه السلام: «عصى سيده»

متعذره بناء على ما ذكر من أن العصيان مخالفه الأمر إلى آخره، فينبغى حمله على ما يوجب العقوبه فى الجملة و إن لم يكن لمخالفه الأمر، فيلزم الخروج عن ظاهر اللفظ فى الموضوعين، مع التفكيك بحمله فيهما على معنيين مختلفين، مع أن امتناع الحقيقة فى قوله عليه السلام «عصى سيده» إنما اقتضى الصرف عن الظاهر فى قوله عليه السلام: «لم يعص الله» للزوم التفكيك بدونه على ما يفهم من كلامه، و إلا فالحمل على الظاهر فيه ممكن بإرادته نفى العصيان على بعض الوجوه، فالعدول عنه ليس إلا للفرار عن لزوم التفكيك،

و الحمل على المعنى المذكور كر فيما أريد الفرار منه.

فالصواب أن يقال: إن العصيان في قوله عليه السلام: «لم يعص الله» جار على أصله أعنى مخالفه الأمر، و المعنى أنه لم يخالف أمر الله في النكاح، فإنه لم يمنعه من النكاح و لم يحرم عليه، و في قوله عليه السلام: «عصى سيده» مبنى على تنزيل العاده منزله النهى، فإنها قاضيه بمنع استقلال العبد بالنكاح و أشباهه مما يجب أن يصدر عن أمر المولى و رأيه أو محمول على فعل ما يجب العقوبة و إن لم يكن لمخالفه الأمر مجازاً، و لا يلزم التفكيك القبيح حينئذ للمناسبة الظاهره بين المعنيين و صحه الحصر بالقياس إلى المعنى المنفى، بخلاف الحمل على مخالفه مقتضى الصحه على ما عرفت.

و يمكن حمله في الموضوعين على ما يوجب العقوبة مطلقاً، أما في عصيان السيد فلتعذر الحقيقه الموجب للحمل على المجاز، و أما في عصيانه فثلاً يختلف، و حينئذ فلا يلزم التفكيك، غايه الأمر حصول المعنى في أحدهما بمخالفه الأمر، و في الآخر بامر آخر غير ذلك، و هذا لا يوجب التفكيك في المعنى المراد من لفظ العصيان، كما هو واضح.

و على كل حال ف لو كان قد أذن المولى ابتداء صح بلا- خلاف و لا إشكال و عليه مهر مملوكه و نفقه زوجته كما تقدم الكلام فيه مفصلاً و له مهر أمته و إن تأخرت الإذن بلا خلاف و لا إشكال، كما أن الظاهر وجوب النفقه عليه بالإذن المتأخره للعبد، لأنها يجب يوماً فيوماً، فهو بالنسبه إلى المتجدد كالإذن المبتدأه من غير فرق، و لأنها تلزم كل يوم، فإنها لا تعيش بلا نفقه، و لا ملك للعبد، فلو لم نوجبها على المولى بقيت بلا نفقه.

أما بالنسبه إلى المهر ففيه إشكال، و لعله من أن الإجازة مصححه أو كاشفه و أن الاذن في الشىء إذن في لوازمه التى منها هنا المهر المعلوم لزومه للعقد الصحيح، و العبد لا يملك شيئاً، و من أن العقد لما وقع تبعه المهر و لم يلزم المولى حينئذ، و إنها رضيت بكونه في ذمه العبد، و فيهما منع ظاهر، فالأقوى وجوبه بها بناء على وجوبه بها فى السابقه، لعدم ظهور الفرق بينهما عند التحقيق.

نعم فى القواعد احتمال ثبوت المهر و النفقه فى كسب العبد المتجدد، و منه ربح تجارته، فىصرف حينئذ ما يكسبه كل يوم فى نفقتها، فما فضل يعطى من المهر حتى إذا وفى أعطى الفاضل لمولاه، و لا يدخر لنفقه اليوم الا ترى شيئاً، فإن نفقه كل يوم إنما تتعلق بكسبه، و على هذا لا يضمن السيد شيئاً من النفقه و المهر إن أعوز الكسب، لأنهما لم يتعلقاً بدمته، بل بمال معين له، كما أن أرش الجنايه يتعلق برقبته لا بدمه المولى، و انما يجب عليه أن يمكنه من الاكتساب بما يفى بهما، فإن منعه من الاكتساب بأن استخدمه يوماً أو أياماً فأجره المثل، لأنه كالأجنبى و يحتمل وجوب أقل الأمرين من الأجره و الكسب، و تحتمل أقل الأمرين من الكسب و النفقه إن و فى المهر، هذا كله فى ذى الكسب.

أما إذا لم يكن ذا كسب أو قصر كسبه عن النفقه احتمال ثبوتها فى رقبته و فى ذمه المولى، بل عن الشيخ فى المبسوط ثبوت النفقه فى رقبته حتى فى ذى الكسب، فبياع حينئذ كل يوم جزء منه فيها ان أمكن و إلا- فجمله، و لم يذكر المهر، و لعله أولى بتعلقه بها من النفقه، لكونه عوض البضع، فتزيله منزله أرش الجنايه أظهر اللهم إلا أن يقال: إنها لما مكنته من نفسها فقد رضيت بالتأجيل فيتبع به بعد العتق و قد يحتمل أيضاً عدم وجوب الكسب على العبد فى النفقه مع عدم التزام المولى بها، فتخير الامراه حينئذ بين الصبر إلى أن يتمكن العبد من الإنفاق عليها و بين الفسخ بنفسها أو بالحاكم بناء على جواز ذلك فى زوجه المعسر عن الإنفاق، و لكن قد عرفت التحقيق فى ذلك كله هناك، فلا حظ و تأمل.

و كيف كان فلو اشترته زوجته أو اتهمته انفسخ النكاح، فان كان قبل الدخول سقط نصف المهر الذى فى ذمه السيد، لكونه انفساخاً قبل الدخول باختيارها، مع من عليه المهر، فتكون كالخالعه قبل الدخول، و يحتمل سقوط جميعه، لانه فسخ من قبلها من دون اختيار للزوج، و هو مسقط للمهر، و إن ضمنه غيره فان اشترته من مولاه بالمهر الذى لها فى ذمته بطل الشراء على الثانى، لخلو البيع حينئذ عن العوض، فصحته حينئذ تقتضى بطلانه، و بطل النصف خاصه على الأول، نعم لها

شراؤه بما يساوى المهر فى الذمه، ثم تقاصه، كما أنه يصح شراؤها له بالمهر المضمون بعد الدخول، ضروره استقراره، نعم فى القواعد «لو جوزنا إذن المولى فى نكاح العبد على وجه يكون المهر فى ذمه العبد- لأن له ذمه و لذا يضمن المتلفات- فاشترته به بطل البيع» أى قبل الدخول و بعده، لأن تملكها له يستلزم براءه ذمته من المهر فيخلو البيع عن العوض، فتأمل.

و لا فرق فى جميع ما ذكرنا بين اتحاد المالك و تعدده كما أشار إليه المصنف بقوله و كذا لو كان كل واحد منهما أى العبد و الأمه لمالك أو أكثر و حينئذ ف ان اذن بعضهم لم يمض إلا برضا الباقين أو إجازتهم بعد العقد على الأشبه بأصول المذهب و قواعده المقتضيه صحه الفضولى الذى من جملته محل الفرض، كما تقدم الكلام فيه مفصلا.

[المسأله الثانيه إذا كان الأبوان رقا كان الولد كذلك]

المسأله الثانيه إذا كان الأبوان رقا كان الولد كذلك بلا خلاف و لا إشكال، لأن نماء المال ملك لمالكه فان كانا أى العبد و الأمه لمالك واحد فالولد له و إن كانا لا-ثنين كان الولد بينهما نصفين وفاقا للمشهور بين الأصحاب، بل كافتهم عدا أبى الصلاح، فجعله لمولى الأمه كسائر الحيوانات، و فيه أن السبب هنا فى التنصيف اقتضاء العقد لحقوق الأولاد بهما، و الفرض عدم مزيه لأحدهما على الآخر كى يختص اللقوق به. كما يومئ إليه ما تسمعه من نصوص (١)

تزوج العبد حره و بالعكس الظاهره فى كونه اللقوق هناك للحر منهما، باعتبار أشرفيته التى منها يعلم التساوى فى اللقوق بهما مع عدم المزيه، أما إذا لم يكن ثم لقوق لعدم العقد كما فى زنا العبد بأمه فإنه يلحق بالأم كما صرح به الفاضل فى القواعد و غيره، بل لم يحك فيه خلاف، لكونه نماء لها كباقي الحيوانات، و لعل الوجه فيه أن الانعقاد

من نطفه الأم و أن نطفه الفحل من المعدات كما عساه يشهد له ما قيل من اتفاق الانعقاد من رائحه منى الفحل، فهي حينئذ كالماء فى نبات الأرض، أو أن الوجه فيه عد ذلك من نماء الام و توابعها عرفا، نحو البيض فى الطير مثلا و الثمر فى الشجر أو غير ذلك.

أما لو زنى العبد بحره فلا- لحوق شرعا، و الأصل الحريه، لكن فى كشف اللثام أنه قطع الأصحاب برقيه الولد من الحره التى تزوجت عبدا غير مأذون عالمه بذلك و كأنه مناف لذلك، اللهم إلا أن يحمل العقد بالنسبه إليه شبهه أو فى حكمها لنقصان عقله، فيتجه حينئذ الرقيه باعتبار تحقق سبب اللحوق به بالنسبه إليه دونها، كما لو تزوجت أمه حرا بغير إذن مولاها عالما بذلك، فان ولدها منه رق، لعدم اللحوق به، لكونه زانيا، و هى كالمشتبهه، لنقصان عقلها، فيبقى ولدها رقا مضافا إلى أنه نماء الملك، نحو ما لو زنى الحر بأمه، فإن الولد رق، لعدم اللحوق، فإنه لا سبب له شرعا، و لكن يبقى مقتضى تبعيه نماء الملك.

أما لو تزوج عبد غير مأذون بأمه غير مأذونه فالظاهر التنصيف أيضا إجراء لحكم العقد منهما مجرى الشبهه الملحقه بالنكاح الصحيح المقتضى للحوق الولد بهما كما عرفت.

و على كل حال فالتنصيف فى المتن و غيره كما عرفت لكونه نماء ملكهما كما علله به غير واحد، حتى أشكله فى المسالك و كشف اللثام و الحدائق بعدم ظهور الفرق بين الإنسان و غيره من الحيوانات التى لا إشكال فى تبعيه النماء للام فيها، إذ قد عرفت أن الإنسان كغيره أيضا فى ذلك حيث لم يكن عقد أو ما هو بمنزله العقد من الشبهه للطرفين أو أحدهما، بل لعله لذا وجب على من اشترى أمه و أولدها ثم بان أنها للغير دفع قيمه الولد، كمن تزوجها على أنها حره فبان أنها أمه، و غير ذلك مما ذكرناه و ما لم نذكره مما هو مبنى أيضا على كون الإنسان كالحيوان فى التبعيه للام، فتأمل جيدا.

و لو اشترطه أى الولد أحدهما أو شرط زياده عن نصيبه لزم الشرط

بلا خلاف أجده فيه لعموم

«المؤمنون عند شروطهم» (١)

بل لا يبعد صحه هذا الشرط فى الحيوانات غير الإنسان أيضا، بل فى كل مال مشترك شركه تقتضى الشركه فى الفرع على حسب الأصل لولا الشرط، و ليس ذلك من الشرائط المخالفه للسنة، فإن تبعيه الملك للنماء لا تنافى تمليك من هو له بالشرط لغيره كما يملك ماله المعين به، و احتمال الفرق بكونه فى الثانى كالهبة بخلافه فى الأول يدفعه ظهور النص (٢)

و الفتوى فى صحه التملك بالشرط لكل ما يقبل التمليك مجانا أو بالعوض و إن لم نقل بقيام الشرط مقام الأسباب فى غير ذلك، و لعله لعدم انحصار نحو هذا التمليك بسبب خاص و لفظ كذلك، فيكفى فيه حينئذ الرضا بالشرط ممن اشترط عليه، و يكون ذلك بمنزله الإيجاب و القبول فى ضمن عقد لازم، فتأمل جيدا فإنه دقيق نافع، أو يقال: إنه من اشتراط إسقاط حقه من النماء و اختصاص الحق بالآخر أو غير ذلك.

و كيف كان ف لو كان أحد الزوجين حرا لحق الولد به سواء كان الحر هو الأب أو الأم وفاقا للمشهور لأصاله الحريه و غلبتها، و المعتبره المستفيضه، ك

مرسل مؤمن الطاق (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام «إنه سئل عن المملوك يتزوج الحره ما حال الولد؟ فقال: حر، فقلت: و الحر يتزوج المملوكه، قال:

يلحق الولد بالحريه حيث كانت، إن كانت الأم حره أعتق بامه، و إن كان الأب حرا أعتق بأبيه»

وخبر جميل و ابن بكير (٤) فى الولد بين الحر و المملوكه قال:

«يذهب إلى الحر منهما»

وخبر جميل (٥) أيضا «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إذا تزوج العبد الحره فولده أحرار، و إذا تزوج الحر الأمه فولده أحرار»

وخبره (٦)

١- ١ الوسائل الباب- ٢٠- من أبواب المهور الحديث ٤.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣٢- من أبواب أحكام العقود من كتاب التجاره.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٣٠- من أبواب نكاح العبد و الإمامه الحديث ٧.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٣٠- من أبواب نكاح العبد و الإمامه الحديث ٤.

٥-٥ الوسائل الباب - ٣٠- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث ٦.

٦-٦ الوسائل الباب - ٣٠- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث ٨.

أيضا «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الحر يتزوج الأمه أو عبد تزوج حره، قال: فقال لى:

ليس يسترق الولد إذا كان أحد أبويه حرا إنه يلحق بالحر منهما أيهما كان: أبا أو اما»

إلى غير ذلك من النصوص الداله على ذلك، مؤيدا بأصالة الحريه و بنائها على التغليب، و قد عرفت أن مقتضى العقد التثريك فى الولد، فيكون جزء منه حرا و يسرى إلى الجزء الآخر تغليبا، مضافا إلى أصالة عدم لحوق أحكام العبيد من التحجير و غيره مما هو مناف لإطلاق «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) و نحوه.

خلافًا للإسكافى فقال- كما فى المختلف:- «إذا زوج الأمه سيدها و مولاتها فولدت فهو بمنزلتها رق إلا أن يشترط الزوج عتقهم، و لو تزوجت بعده فولدت كان المولى بالخيار فى الولد، إن شاء أعتق، و إن شاء رق ما لم يشترط الثانى كما اشترط الأول» نعم حكى عنه فى المختلف أنه حكم بأن العبد إذا تزوج الحره كان ولده أحرارا كقولنا، فدليلة فيما ذكر

حسن الحلبي و صحيحه (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام «فى رجل تزوج أمه من رجل و شرط له أن ما ولدت فهو حر، فطلقها زوجها أو مات عنها فزوجها من رجل آخر، ما منزله ولدها؟ قال: منزلتها ما جعل ذلك إلا للأول، و هو فى الآخر بالخيار إن شاء أعتق و إن شاء أمسك»

و صحيح البصرى (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام أيضا «فى رجل زوج جاريتة رجلا و اشترط عليه أن كل ولد تلده فهو حر فطلقها زوجها ثم تزوجها آخر فولدت منه، قال: إن شاء لم يعتق»

و خبر أبى بصير (٤) عنه عليه السلام أيضا «أن رجلا دبر جاريه ثم زوجها من رجل فوطأها كانت جاريته و ولدها منه مدبرين، كما لو أن رجلا أتى قوما فتزوج إليهم مملوكتهم كان ما ولد لهم مماليك»

و صحيح أبان (٥)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل دبر مملوكة ثم زوجها من رجل آخر فولدت منه أولادا ثم مات زوجها و ترك أولادا منها فقال: أولاده منها كهيتها، فإذا مات الذى دبر فهم أحرار،

١- ١ سورة المائدة: ٥- الآيه ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣٠- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١٣.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٣٠- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١١.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٣٠- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١٠.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٧- من أبواب التدبير الحديث ١.

قلت: أيجوز للذی دبرا مهم أن یرد فی تدبیره إذا احتاج؟ قال: نعم، قلت: أ رأیت إن ماتت أمهم بعد ما مات الزوج و بقى أولادها من الزوج الحر أ یرجع لسیدها أن یببع أولادها أو یرجع علیهم فی التدبیر؟ قال: إنما كان له أن یرجع فی تدبیرا مهم إذا احتاج و رضیت»

وخبیر عبد الله بن سلمان (١) فی حدیث «سألته عن رجل زوج ولیدته رجلا، قال: أول ولد تلد منه فهو حر، قلت: فتوفى الرجل و تزوجها آخر فولدت له أولادا، فقال: أما من الأول فهو حر، و أما من الآخر فإن شاء استرقهم»

وخبیر الحسن بن زیاد (٢) قلت له: «أمه كان مولاها یقع علیها ثم بدا له فزوجها ما منزله ولدها؟ قال: منزلتها إلا أن یشرط زوجها»

مؤیدا ذلك كله بأنه نماء ملكه، و معلومیة تقدم حق العبد علی حق الله، إلا أنها- و إن كان فیها الصحیح و غیره- قاصره عن معارضه السابقه المفتی بمضمونها، الموافق لما عرفت، المخالف للعامة الذین جعل الله الرشد فی خلافهم، و من هنا حکى عن بعضهم حمل هذه الأخبار علی التقیه، كما أنه یمکن حملها علی كون الرجل عبدا أو حرا قد اشترط علیه ذلك، بناء علی صحه الشرط أو غیر ذلك مما لا بأس به بعد وضح قصورها و لو بالاعراض من الطائفه المحقه.

فلا مناص حیثئذ عن القول بالحریه مع حریه أحدهما إلا أن یشرط المولى للأمه أو العبد رق الولد ف إنه إن شرط لزم الشرط علی قول مشهور بین الأصحاب، بل لم أجد فیہ ترددا فضلا عن الخلاف قبل المصنف، بل ظاهر حمل الشیخ و الفاضل خیر أبی بصیر السابق (٣)

علی الشرط المفروغیه عنه، و لعله

لعموم «المؤمنون» (٤)

و إطلاق النصوص المزبوره الشامل لحالی الشرط و عدمه، كشمول إطلاق الأدله إلا أنها رجحت علی هذه فی صوره عدم الشرط بالعمل بین الأصحاب

١- ١ الوسائل الباب- ٣٠- من أبواب نکاح العبد و الإمام الحدیث ١٤ عن عبد الله بن سلیمان.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣٠- من أبواب نکاح العبد و الإمام الحدیث ١٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٣٠- من أبواب نکاح العبد و الإمام الحدیث ١٠.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٢٠- من أبواب المهور الحدیث ٤.

عدا ابن الجنيد، فلترجح هذه على تلك أيضا بالعمل بين الأصحاب في صورته الشرط على أن شرط الرقيه في الفرض نحو شرط الحريه التي صرح بصحته فيها و إن كان لا يفيد إلا على مذهب ابن الجنيد، ضروره اشتراكهما في كونهما شرطى نتيجة شرعيه لأسباب خاصه، فمع فرض صلاحية الشرط للأول منهما يتجه صلاحيته للثاني منهما، بل هو لازم له عند التأمل، و استبعاد صلاحية الشرط لذلك اجتهاد في مقابله النص.

و دعوى عدم صلاحية الشرط لرقية الحر- و إلا لصح اشتراطها في المتولد من الحرين- يدفعها أن المسلم امتناعه تأثير الشرط في رقيه المتصف بالحريه فعلا بل و المستعد لها مع عدم مقتضى لها غيره، كالمتولد من الحرين، فان رفع اليد من كل من الأبوين عن مقتضى تأثير إطلاق العقد الشركه يقتضى عدم لحوق المتولد منهما بكل منهما في الصفه، و ذلك لا يقتضى الرقيه، بل أقصاه نفى حريته من حيث التبعية، أما حريته للأصل فهي باقيه لم ترتفع بشىء بخلاف ما نحن فيه، فان رفع يد الحر عن مقتضى ما أثبتته العقد له من الشركه فى الولد يقتضى اختصاص الآخر بالنماء فيتبعه فى الملك حينئذ، ففى الحقيقه صيرورته رقا بالتبعيه لا بالشرط، و إنما أفاد رفع مقتضى الحريه الذى كان حاصلًا بسبب إطلاق العقد، بل عند التأمل الجيد لا يزيد ما نحن فيه على اشتراط مالك العبد على مالك الجاربه كون النماء له و بالعكس الذى قد ذكرنا أنه لا خلاف فى صحته.

و دعوى منع صلاحية الشرط لذلك أيضا ممنوعه، فإنه لا عقل و لا نقل يقتضى حريه المتولد بين الحر و المملوك على وجه ينافى الشرط المزبور، بل لعلهما شاهدان على خلافه كما عرفت، نعم أقصى ما دلت عليه الأدله أنه مع الإطلاق يقتضى الشركه فى الولد، فيكون جزؤه حرا، و قد عرفت غير مره أن الحريه تسرى لبنائها على التغليب، فمن هذه الجبهه حكم بالحريه فى النصوص المزبوره مع الإطلاق، و هو المراد من

قوله عليه السلام فيها: «ليس يسترق الولد»

إلى آخره، لا- أن المراد أنه لا- يصح الاشتراط على الحر من مولى المملوك كون النماء له الذى قد عرفت ظهور الأدله فى خلافه.

بل منه يعلم ما فى كلام هؤلاء المتأخرين الذين أقدموا على مخالفه الحكم المسلم فيما بينهم بمثل هذه التشكيكات، ضروره أنه إن كان المانع أن الشرط غير صالح لإثبات النتائج من دون أسبابها فلا معنى لإثبات الرقيه به، ففيه بعد التسليم أنه كاشترط كون النماء له فى المملوكين و غيره مما جاء بالأدله، و إن كان المانع أنه شرط غير مقدور باعتبار أن رقيه الولد ليست للأب كى يصح اشتراط ذلك عليه، ففيه منع كون ما نحن فيه من هذا القبيل، بل هو من اشتراط مولى المملوك أن النماء له، فيتبعه فى الملك، و ليس فى العقل و لا- فى النقل ما يدل على عدم صحه اشتراط ذلك، بل هما شاهدان لنا على الصحه، و لا ينافيه استعداد النطفه للحرية لو لا الشرط للتقريب الذى ذكرناه، فهو فى الحقيقه اشتراط إسقاط ما اقتضاه إطلاق العقد من الشركه فى النماء كغيره من الشرائط، لا من اشتراط رقيه الحر كى يكون من المستبشعات.

بل منه يعلم النظر فى حصرهم الدليل فى خبر أبى بصير (١)

الذى ناقشوا فيه بالضعف تاره، و بكونه مقطوعا فى روايه التهذيب اخرى و بنحو ذلك، و لم يلتفتوا إلى إطلاق الروايات المعتمره المعترضه بفتوى الأصحاب فى صوره الشرط، بل لا ينكر صراحتها فى قابليه الشرط لحرية الرق لولاه التى يعلم منها كون ذلك و عكسه مما يصلح لإثباته بالشرط بالتقريب الذى قد سمعته فتأمل جيدا، فإنه دقيق نافع، مضافا إلى ما تسمعه من النصوص فى ولد المحلله (٢)

ما لم يشترط حرية فضلا عن اشتراط رقيه.

و على كل حال فعلى القول ببطلان الشرط و أنه يقتضى بطلان العقد تثبت حرية الولد مع الوطاء شبهه، لعدم العلم بالفساد، أما مع علمه فالظاهر الرقيه

١-١ الوسائل الباب- ٣٠- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١٠.

٢-٢ الوسائل الباب- ٣٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

حينئذ لكونه من الزنا المقتضى لعدم لحوق الولد، فتبقى قاعده تبعيه النماء للملك سالمة حينئذ، أما على القول بعدم اقتضاء بطلان الشرط بطلان العقد فلا ريب فى ثبوت الحرية، ضروره كون العقد حينئذ كالمطلق، و إن كان قد يقال: إن إقدام المالك على ذلك يقتضى إثبات قيمه له على الحر، لكنه كما ترى.

أما على القول بصحة الشرط فلا إشكال فى ترتب مقتضاه حينئذ، بل فى القواعد و المسالك و غيرهما أنه لا يسقط بالإسقاط و إنما يعود الولد إلى الحرية بسبب جديد كملك الأب له، و فيه منع عدم صلاحية الشرط المزبور للإسقاط، لتناول ما دل على صحة إسقاط مثله له، فيعود حينئذ بعد الإسقاط إلى اقتضاء العقد الحرية بالتقريب الذى عرفته، و الله العالم.

[المسألة الثالثة إذا تزوج الحر أمه من غير إذن المالك ثم وطأها قبل الرضا عالما بالتحريم كان زانيا]

المسألة الثالثة:

إذا تزوج الحر أمه من غير إذن المالك سابقا و لاحقا ثم وطأها قبل الرضا عالما بالتحريم و لم يلحقه ثم رضا كان زانيا قطعا و عليه الحد بلا خلاف و لا إشكال، لأن المراد قبل تبين الرضا مع احتمال حصوله، إذ ذاك ليس بزنا قطعا و إن أثم هو أيضا به، لكن من المحتمل مصادفته للزوجه واقعا، لاحتمال حصول الإجازة، و الحدود تدرأ بالشبهات، نعم يترتب عليه تعزير بإقدامه المحرم عليه، بل و الحد أيضا، بناء على أن الإجازة ناقله، لكن التحقيق أنها كاشفه كما عرفت فى محله.

و على كل حال لا مهر لها عند المصنف و بعض إذا كانت عالمة مطاوعه لأنها حينئذ، بغى، و لا مهر لبغى و ليس منفعه البضع على حسب غيرها من الأموال التى تضمن بالاستيفاء على كل حال، بل و كذا باقى الاستمتاع، و من هنا لم يترتب عوض على من استمتع بأمه الغير بغير الوطاء و إن ضمن الأجره لو استخدمها، و إنما يضمن البضع خاصه فى الأمه بالعقد أو الشبهه أو الإكراه.

لكن فيه - مضافا إلى ما تسمعه من الصحيحين - (١)

أن الخبر (٢)

ظاهر في الحره بقرينه ذكر المهر المتعارف إطلاقه على صداقها، بخلاف عوض بضع الأمه المسمى بالعقر ونحوه، و من هنا سميت الحره مهيره دونها، على أن

قوله صلى الله عليه وآله (٣)

«لبغى»

يقتضى الملك أو الاستحقاق المنفيين عن الأمه التي مهرها لسيدها، فهو حينئذ قرينه ثابتة على إرادته الحره من الخبر، و لو سلم إمكان إرادته الاختصاص نحو السرج للدابه فهو مجاز لا قرينه عليه، مؤيدا ذلك كله بعدم صلاحية بغيا لإسقاط حق الغير، فان ذلك ليس عقوبه لها، و بمنع عدم ماله بضع الأمه الذي لا وجه لقياسه على غيره من الاستمتاع لو سلم الحكم في المقيس عليه باعتبار عدم عده ما لا في العرف و الشرع بخلاف الوطاء المقابل به عرفا و شرعا.

هذا و في وجوب المسمى عليه أو مهر المثل أو العشر إن كانت بكرا و نصفه إن كانت ثيبا وجوه بل أقوال لا يخلو الأخير منها من قوه، وفاقا للمحكي عن ابن حمزه و اختاره سيدا المدارك و الرياض على ما حكى عن أولهما، ل

صحيح الوليد بن صبيح (٤) عن الصادق عليه السلام في «رجل تزوج امرأه حره فوجدها أمه دلست نفسها له، قال:

إن كان الذى زوجها إياه من غير موالها فالنكاح فاسد، قال: قلت: كيف يصنع بالمهر الذى أخذت منه؟ قال: إن وجد ما أعطاها فليأخذها، و إن لم يجد شيئا فلا شىء له عليها، و إن كان زوجها إياه ولى لها ارتجع على وليها بما أخذت منه، و لموالها عشر قيمه ثمنها إن كانت بكرا و إن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها، قال: و تعتد منه عده الأمه، قلت: فان جاءت منه بولد، قال:

١- ١ الوسائل الباب - ٣٥ و ٦٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١ منهما.

٢- ٢ سنن البيهقى ج ٦ ص ٦.

٣- ٣ لم نعر على ما اشتهر «لا مهر لبغى» و انما الموجود فى سنن البيهقى ج ٦ ص ٦ «نهى النبى ص عن. مهر البغى» و «لا يحل. و لا مهر البغى» و أنه «سحت» أو «خيث».

٤- ٤ الوسائل الباب - ٦٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.

أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن الموالى»

الظاهر فى أن ذلك بسبب ما استوفاه من منفعة البضع التى لا فرق فى كيفية استيفائها بزنا أو شبهه، عقد أو شراء أو غير ذلك، كما يؤيده فتوى المشهور بين الأصحاب فى باب البيع أن من اشترى أمه فخرجت مستحقة للغير أغرم له ذلك، حتى أن المصنف نفسه أفتى به هناك، بل ظاهرهم ما صرح به بعضهم هناك من عدم الفرق بين كون الأمه عالمه و غير عالمه إلا من الشهيد فى الدروس.

و احتمال اختصاص ذلك بصورة الوطء شبهه لا ما يشمل الزنا الذى هو محل البحث بقريته

قوله عليه السلام: «بما استحل»

يدفعه أولاً ظهور إرادته المقابلة من قوله عليه السلام: «بما استحل» لا خصوص الوطء بعنوان كونه حلالاً له، نحو

قول أبى جعفر عليه السلام فى خبر زراره (١) الذى سئل عن اشترى جاريه ثم ظهر كونها مستحقة بالبينه «ترد إليه جاريته و يعوضه مما انتفع»

بناء على إرادته ذلك منه، على أن

صحيح الفضيل بن يسار (٢) صريح فى عدم مدخله الاستحلال «سأل الصادق عليه السلام عما إذا أحل له ما دون الفرج فغلبته الشهوه فافتضاها، قال: لا ينبغى له ذلك قال:

فان فعل أ يكون زانيا؟ قال: لا و لكن يكون خائناً و يغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكراً و إن لم تكن بكراً فنصف العشر»

بل من إطلاق الصحيحين يعلم الحكم فى أصل المسألة، و أنه لا مدخله لبغيتها فى سقوط حق المولى خصوصاً إذا كانت بكراً، فإنه ينبغى القطع بثبوت ذلك له.

و احتمال القول بخروجه عن محل البحث باعتبار كونه جناية على المملوك موجه لنقصه فضمانه من هذه الحيثية لا من حيث كونه مهراً يدفعه معلوميه كون العشر الذى أثبتته الشارع نصفه أرشاً للبكاره و نصفه من حيث الانتفاع بالوطء، بقريته

قوله عليه السلام: «و إن لم تكن بكراً فنصف العشر»

كما هو واضح بأدنى تأمل.

و منه يعلم الحكم فيما لو كان المتزوج بالأمه من غير إذن سيدها عبداً و كانت

١-١ الوسائل الباب- ٨٨- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث ٢.

٢-٢ الوسائل الباب- ٣٥- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث ١.

بكر، فإن الذى يتعلق برقبته نصف العشر و بذمته النصف الآخر، لكن فى القواعد «إن قلنا: إنه أرش جنايه تعلق برقبته فلا بد أن يباع فيه، و إن قلنا: إنه مهر تبع به بعد العتق» و فى كشف اللثام «الأقوى الأول خصوصا بالنسبة إلى المولى، و عدم ضمان الأرش بوطء الحرائر لأنه تابع للوطء، فهو جنايه مباحه كالاختتان و الخفض» و فيه ما عرفت من أن الظاهر تحقق الجنايه فيه و الوطء، و لكل موجب كما عرفت.

بل منه يظهر أن ذلك تقدير شرعى لبضع الأمه فى جميع أحوال استيفائه بغير العقد الصحيح من غير فرق بين الزنا و غيره، و العلم و الجهل من الواطئ أو الأمه، للتعليل، و القطع بعدم الفرق فى مورد الصحيحين و غيره كما اعترف به فى الرياض، فالصور الأربعة المذكوره فى المسالك و غيرها متحده بالنسبه إلى هذا الحكم كغيرها من صور و طء الأمه بغير العقد الصحيح، و الله العالم.

و على كل حال فلا إشكال فى انها لو أتت بولد كان الولد رقاً لمولاهما لكونه نماء ملكه، و الفرض عدم العقد المقتضى لثبوت النسب، فهو كولدها منه زناء من غير عقد، كما أنه لا إشكال فى ضمانه أرش عيبتها بالولاده إن تعيبت بها، كما عن ابن حمزه التصريح به، هذا كله فىمن وطأ بلا إذن عالماً بالتحريم.

و أما إن كان أى الزوج جاهلاً بحرمة ذلك عليه أو كان هناك شبهه وطأها بها بعد العقد كأن وجدها على فراشه فلا حد قطعاً لعدم تحقق موجهه، و هو الزنا و وجب المهر الذى هو العشر إن كانت بكر، و نصفه إن كانت ثيباً عندنا و إن كانت هى غير مشتبّهه و كان الولد حراً إجراء للشبهه- و إن لم تكن عن عقد- مجرى العقد الصحيح فى حصول النسب المقتضى للحرية على الوجه الذى ذكرناه. لكن يلزمه قيمته لمولى الأمه (١١) لكونه كالمثلف مال غيره بغير إذنه، ضروره كونه نماء للجاريه و تابعا لها، كما أوضحناه سابقاً، و وقت تقويمه يوم سقط حيا (١٢) إذ مع السقوط ميتا ليس بمال كما أنه

كذلك قبله أيضا، فأول أزمان تموله الذى قد حال بينه وبينه يوم سقوطه، فيفرد حينئذ بالتقويم فى ذلك الوقت، و يضمّن له قيمته، كما أوضحناه فى باب البيع.

و كذا لو عقد عليها لدعواها الحريه بالأصل أو بالعارض مع قيام بينه لها بذلك أو قرائن أفادت القطع به أو الظن مع القطع بكفايته فى الاقدام على تزويجها جهلا- على وجه يعذر فيه أو نحو ذلك مما يكون به العقد و الوطاء شبهه بعد أن بان فساد دعواها، فإنه لأحد حينئذ قطعاً، لعدم موجبه بعد فرض الشبهه، و لزمه المهر المسمى فى قول ضعيف، ضروره تبين فساد العقد المقتضى له من أصله لا- من حينه، كما عساه يتوهم من بعض العبارات، و لا دليل يعتد به على لحوق عقد الشبهه بالصحيح بالنسبه إلى ذلك، كما تقدم البحث فى نظائره التى قلنا بوجود مهر المثل فيها الذى هو المتجه هنا لولا الصحيح المزبور المعتضد بالصحيح الأخر.

و من هنا كان الأقوى ما قيل من عشر قيمتها إن كانت بكرا، و نصف العشر إن كانت ثيبا بل ظاهر قول المنصف و هو المروى (١) الميل اليه هنا و إن كان الظاهر عدم الفرق بين جميع أحوال وطاء الأمه بغير العقد الصحيح المذكور فيه المسمى كما عرفت الكلام فيه مفصلاً، بل ظاهر الأصحاب الاتفاق هنا على عدم الفرق بين كونها بغيا و غير بغى، بل فى المسالك عن بعضهم دعوى إجماع المسلمين عليه، و هو مما يؤيد ما قلناه سابقا من وجوب المهر لها و إن كانت بغيا، ضروره عدم الفرق المجدى بين الموضوعين، كما هو واضح.

و على كل حال ف لو كان دفع إليها مهرا استعاد ما وجد منه، لكونه باقيا على ملكه، و تبعها بالتالف منه بعد العتق، و يغرم للمولى ما يستحقه عليه، كل على مختاره فيه، حتى أنه لو قلنا بكون اللازم له المسمى و فرض دفعها إليها و كان تالفا و جب دفع مثله أو قيمته اليه، لكونه مضمونا عليه حتى يوصله إليه، و قد بان أن الوصول إليها وصول إلى غير المستحق، كما هو واضح.

و لو أولدت منه كان ولدها منه رقا عند الشيخ و أتباعه، بل فى الحدائق أنه هو المشهور، بل لعله خيره المصنف بناء على أن ذلك منه، لا أنه مقول قيل، فيكون منافيا لما اختاره سابقا فى شبهه الزوج بغير دعوى الحرية، و لعله لخصوص النصوص (١) هنا.

لكن الأقوى عدم الفرق بين أفراد الشبهه فى حرية الولد، وفاقا للمحكى عن المبسوط و السرائر و نكت النهايه، للأصل و لظهور الأدله فى كونه كالعقد الصحيح فى لحوق النسب المقتضى لحرية الولد على الوجه الذى قد عرفته سابقا، مضافا إلى أصاله الحرية، و أصاله عدم لحوق أحكام العبيد، و إلى خصوص ما فى ذيل صحيح الوليد بن صبيح (٢)

الذى هو دليل المسأله، و لا- داعى إلى حمل ذلك فيه على الإنكار دون الاخبار بقريته الشرط فيه المحمول على إرادته تقرير موضوع الحكم بالحرية لا التعليقيه، أو على كون الأب قد رد ثمنهم الذى هو كما ترى، المعتضد ب

صحيح محمد بن قيس (٣) عن أبى جعفر عليه السلام «فى رجل تزوج جاريه رجل على أنها حره ثم جاء رجل آخر فأقام البيئه على أنها جاريته، قال: يأخذها و يأخذ قيمه ولدها»

الظاهر فى حرية الولد، و إلا كان الجائز له أخذها و أخذ ولدها، بل و بالنصوص (٤)

فى الأمه المشتره ثم بان أنها مستحقه للغير المتقدمه فى كتاب البيع، بناء على عدم الفرق بين أفراد الشبهه، بل و ب

موثق سماعه (٥)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام

١- ١ الوسائل الباب- ٦٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٦٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٦٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٨ عن محمد بن على بن الحسين، عن أبى جعفر عليه السلام، إلا أن الموجود فى الفقيه ج ٣ ص ٢٦٢- الرقم ١٢٤٦ «روى محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام».

٤- ٤ الوسائل الباب- ٨٨- من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٦٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٥.

عن مملوكه أتت قوما و زعموا أنها حره فتزوجها رجل منهم و أولدها ولدا ثم إن مولاهما أتاهم فأقام عندهم البينه أنها مملوكه أو أقرت الجاربه بذلك، فقال: تدفع إلى مولاهما هي و ولدها، و على مولاهما أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمته يوم يصير اليه، قلت: فان لم يكن لأبيه ما يأخذ به ابنه، قال: يسعى أبوه فى ثمنه حتى يؤديه، و يأخذ ولده، قلت: فان أبى الأب أن يسعى فى ثمن ابنه، قال: فعلى الامام أن يفديه، و لا يملك ولد حر»

فإنه صريح فى كون الولد حرا بناء على ما فى جامع المقاصد من أنه ضبطه المحققون بالوصف لا الإضافة، فىكون المراد حينئذ أنه ولد حر و الولد الحر لا يكون مملوكا، فىجب على الأب أو الإمام فداؤه.

و منه يعلم حينئذ أن دفع القيمه و دفع الولد لمولى الجاربه لا- لكونه مملوكا، بل لاستحقاقه القيمه على الأب، فمن الغريب استدلال بعضهم به على الرقيه، كالاستدلال عليها أيضا ب

حسن زراره (١)

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: أمه أبتت من موالها فأتت قبيله غير قبيلتها فادعت أنها حره، فوثب عليها رجل فتزوجها، فظفر بها مولاهما بعد ذلك و قد ولدت أولادا، فقال: إن أقام الزوج البينه على أنه تزوجها على أنها حره أعتق ولدها و ذهب القوم بأمتهم، و إن لم يقيم البينه أوجع ظهره و استرق ولده»

و موثق سماعه (٢) الآخر «سأله عن مملوكه أتت قبيله غير قبيلتها فأخبرتهم أنها حره، فتزوجها رجل منهم، فولدت له، قال: ولده ممالك إلا إن يقيم البينه أنه شهد لها شاهدان أنها حره فلا يملك ولده، و يكونون أحرارا»

و موثق محمد بن قيس (٣) الآخر عن أبى جعفر عليه السلام «قضى على عليه السلام فى امرأه أتت قوما فأخبرتهم أنها حره، فتزوجها أحدهم و أصدقها صداق الحره، ثم جاء سيدها، فقال: ترد عليه، و ولدها عبيد»

و ذلك لأن حسن زراره ظاهر أو صريح فى إرادته بيان أن الأصل تبعيه النماء للجاربه فى المملوكيه للسيد حتى يقيم البينه أنه تزوجها حره مشتبه و إلا كان الولد رقا، بل هو المراد من موثق سماعه المزبور و إن كان قد اقتصر

١- ١ الوسائل الباب- ٦٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٣.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٦٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٦٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٤.

فيه على ذكر بعض أفراد الشبهه، و هو إقامتها بينه، بل منه يعلم المراد فى موثق محمد بن قيس، فليس شىء من هذه النصوص دالا على رقيه الولد فى هذا الفرد من الشبهه، بل حاله كحال غيره من أفرادها.

و من ذلك يعلم ما فى الجمع الذى ذكره فى الحدائق و أطنب فيه، و حاصله «إنه إن كانت الشبهه الحاصله بشهاده الشاهدين لها على الحريه فأولادها أحرار من دون دفع قيمه، لأنه أخذ بظاهر الشرع، و إن كانت بدعواها العتق مثلا مع ظهور قرائن تورث الظن بصدقها و توهم الحل بذلك فأولادها أرقاء، و لكن يفكهم أبوهم بالقيمه، لكونه ليس حلالا صرفا كشهاده الشاهدين حتى يكون الولد حرا، و لا- زنا صرفا حتى يكون رقا، بل كان شبهه فيه شائبه زنا، فكان حكمه الرقيه التى يكون للأب سلطنه على الفك جمعا بين الشبهه و شائبه الزنا».

لكنه كما ترى لا شاهد له و لا مقتضى، و العذر الشرعى و لو بينه لا ينافى الضمان كما نطقت به النصوص (١)

فيمن اشترى أمه فظهر أنها مستحقه للغير، نعم هل يستحق الرجوع به على الشاهدين أو لا؟ فيه بحث ستسمعه إن شاء الله و كأنه أخذ هذا الجمع مما عن النهايه قال: «إن عقد عليها على ظاهر الأمر بشهاده الشاهدين لها بالحريه و رزق منها أولادا كان أولادها أحرارا، و إن عقد عليها على ظاهر الحال و لم تقم عنده بينه بحريتها ثم تبين أنها كانت رقا كان أولادها رقا لمولاهها، و يجب عليه أن يعطيهم أباهم بالقيمه، و على الأب أن يعطى القيمه، فان لم يكن له مال استسعى فى قيمتهم، فان أبى كان على الامام أن يعطى مولى الجاريه قيمتهم من سهم الرقاب و لا يسترى ولد حر».

بل قد يرجع إلى ذلك كلامه فى كتابى الأخبار، بل فى كشف اللثام حكايته عن المهذب أيضا، بل فيه و كذا فى الغنيه، لكنه أوجب للسيد القيمه على الأول أيضا، و فى الجامع، إلا- أنه لم ينص على الرقيه فى الثانى، و فى الوسيله، لكن جعل فى حكم شهاده الشاهدين بالحريه تدليس مدلس عليه، إلا أنه لا يخفى عليك ما فى

الجمع بعد الإحاطه بما ذكرنا من أنه لا معارضه فى شىء من هذه النصوص لما دل على الحريه كغيرها من أفراد الشبهه.

و لكن صرح غير واحد بأنه يجب على الزوج الذى هو الأب أن يفكهم بالقيمه و يلزم المولى دفعهم إليه بمعنى أنه يضمن قيمه الولد للمولى، لأنه كالمثلف لماله الذى هو نماء ملكه و إن كان مشتبهاً، لأن الاشتباه لا يرفع الضمان الذى قد دلت عليه نصوص [\(١\)](#)

الأمه المشتره ثم ظهر أنها مستحقه، و بعض نصوص المقام [\(٢\)](#).

نعم الظاهر أنه لا سلطنه للمولى على الأولاد بناء على الحريه، فليس له حبسهم حتى تدفع إليه القيمه، و موثق سماعه [\(٣\)](#)

المزبور لم أجد به عاملاً على هذا التقدير، ضروره نفى السلطنه على الحر، و شغل ذمه الأب بالقيمه لا يقتضى ذلك و من هنا قال فى المسالك بعد نقل قولى الحريه و الرقيه: «و تظهر فائده القولين مع اتفاقهم على وجوب القيمه و الحريه بدفعها فيما لو لم يدفعها لفقر أو غيره، فعلى القول بالحريه تبقى ديناً فى ذمته، و الولد حر، و على القول الآخر يتوقف على دفعها».

فالواجب حمل قوله عليه السلام فيها: «تدفع هى و ولدها» على إرادته دفع قيمه ولدها كما أوماً إليه صحيح محمد بن قيس [\(٤\)](#)

المذكور، و إلا كان مخالفاً للمسلمين فضلاً عن المؤمنين، ضروره عدم حبس الحر بدين غيره.

كما أن ما فيها من سعى الأب فى الثمن مخالف للمختار من عدم وجوب سعى المديون فى وفاء دينه الذى وجوبه مشروط بالمطالبه التى أسقطها الشارع بالإعسار و أوجب الإنظار إلى الميسره [\(٥\)](#)

فهو فى الحقيقه واجب مشروط، و إخراج هذا

١- ١ الوسائل الباب- ٨٨- من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٦٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٦٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث- ٥.

٤- ٤ راجع التعليقه الثالثه من ص ٢٢٣.

٥- ٥ سوره البقره: ٢- الآيه ٢٨٠ و الوسائل الباب- ٢٥- من أبواب الدين و القرض من كتاب التجاره.

الدين من بين الديون التي فيها أعظم منه كالغصب و السرقة و نحوهما كما ترى، فيحب حمله على الندب، كما احتمله في المسالك، و ربما يومئ إليه عدم الأمر بالقهر عليه عند الامتناع عنه في ذيل الخبر المزبور، و إلا كان من الشواذ على هذا التقدير، فانا لم نجد عاملا به.

كما لم نجد عاملا به عليه أيضا في تعيين القيمة و أنها يوم يصير إليه، بل المعروف أنه قيمته يوم سقوطه حيا، لأن ذلك أول وقت الحيلولة و كذا ما فيها من فداء الامام له، مع أن الخطاب بالقيمة قد تعلق بدمه الأب.

و أغرب من ذلك ما عن النهايه من فداء الإمام له من سهم الرقاب، و لذا اعترضه ابن إدريس فيما حكى عنه «بأن ذلك مخصوص بالعبيد و المكاتبين، و هؤلاء غير عبيد و لا مكاتبين، بل أحرار في الأصل انعتقوا لذلك ما مسهم رق أبدا،

لأنه عليه السلام قال: «و لا يسترق ولد حر»

وصفه بأنه حر، فكيف يشتري الحر من سهم الرقاب؟ و إنما أثمانهم في ذمه أبيهم، لأن من حقهم أن يكونوا رقا لمولى أمهم لكن لما حال الأب بينهم و بينه بالحرية و جب عليه قيمتهم يوم وضعهم أحياء أحرارا، و هو وقت الحيلولة» و إن كان قد يدفع بأن الشيخ قد بنى ذلك على رقيه الولد لا حرية، و حينئذ يكون فداؤهم من سهم الرقاب في محله، لعدم كون القيمة حينئذ في ذمه الأب و إن و جب عليه دفعها ثمنًا لهم.

و في الحدائق «و العجب منه أنه وافق الشيخ في هذه الصورة على رقيه الولد، و أوجب السعي على أبيه في قيمته، فكيف يوافق على ذلك و يمنع فكهم من سهم الرقاب؟ لكونهم أحرارا ما مسهم رق أبدال

قوله عليه السلام في الخبر المزبور (١):

«و لا يملك ولد حر».

قلت: يمكن أن يكون ذلك منه شاهدا على إرادته التجوز من الرقيه، و يكون هذا وجه جمع بين القولين، كما احتمله في كشف اللثام مستظها له منها و من نكت النهايه، و هو غير بعيد.

و على كل حال فالخبر المزبور بعد البناء على الحرية لا بد من طرح هذه

الاحكام فيه، أو تأويلها بما يرجع إلى القواعد الشرعيه، و إلا فإنه من الشواذ، كما هو واضح، و من ذلك ظهر لك الحال فيما فى المتن و نحوه.

بل و ما فيه من أنه لو لم يكن له أى الأب مال سعى فى قيمتهم، و إن أبى السعى فهل يجب أن يفديهم الامام؟ قيل و القائل الشيخ و من تبعه:

نعم تعويلا على روايه (٤)- سماعه (١)

و فيها ضعف بناء على أن الموثق من الضعيف. و لذا قيل: لا- يجب لأن القيمه لازمه للأب لأنه سبب الحيلولة بين المالك و الأولاد، و فيه أنه بناء على الرقيه لا منافاه بين ذلك و بين فكهم من سهم الرقاب.

و لو قيل بوجوب الفديه على الامام فمن أى شىء يفديهم؟ قيل: من سهم الرقاب كما سمعته من النهايه و منهم من أطلق و لعله أولى، للإطلاق و لأن بيت المال معد لمصالح المسلمين التى هذه منها، لكن لا يخفى عليك أن ذلك كله غير متجه على ما اخترناه من الحريره.

و من الغريب ما عن الوسيله من أنه «إن انقطع تصرف الإمام أدى الأب عنه من جهات الزكاه، فإن فقد جميع ذلك بقى الولد رقا حتى يبلغ و يسعى فى فكك رقبته» فإنه لم نجد ما يشهد له على ذلك، و التحقيق ما عرفت.

نعم قد صرح فى محكى السرائر برجوع الأب بالقيمه على شاهديها بالحريره اللذين قد تزوجها بشهادتهما، قال: «لأن شهود الزور يضمنون بشهادتهم بغير خلاف بيننا، و الإجماع منعقد على ذلك» و عن أبى الصلاح إذا تزوج الحر بأمه على أنها حره فخرجت أمه فولدها لا-حقون به» و يرجع بقيمه الولد و الصداق على من تولى أمرها، و إن كانت هى التى عقدت على نفسها لم يرجع على أحد بشىء».

قلت: لا ريب فى اقتضاء قاعده الغرور الرجوع على الغار بما أنفقه المغرور كما تسمعه إنشاء الله فى بحث التدليس، و ربما كان فى خبرى إسماعيل بن جابر إيماء

إلى القاعده المزبوره

قال فى أحدهما (١): «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل نظر إلى امرأه فأعجبته فسأل عنها، فقيل: هى ابنه فلان، فأتى أباه، فقال: زوجنى ابنتك، فزوجه غيرها، فولدت منه، فعلم أنها غير ابنته و أنها أمه، قال: ترد الوليده على مواليتها، و الولد للرجل، و على الذى زوجه قيمه ثمن الولد يعطيه لموالى الوليده، كما غر الرجل و خدعه»

و قال فى الآخر (٢) لأبى عبد الله عليه السلام أيضا:

«رجل كان يرى امرأه تدخل على قوم و تخرج فسأل عنها، فقيل: إنها أمتهم و اسمها فلانة، فقال لهم: زوجونى فلانه، فلما زوجها عرفوه أنها أمه غيرهم، قال: هى و ولدها لمولاها، قلت: فجاء إليهم فخطب إليهم أن يزوجه من أنفسهم، فزوجه و هو يرى أنها من أنفسهم فعرفوه بعد ما أولدها أنها أمه، قال: الولد لهم، و هم ضامنون قيمه الولد لمولى الجارية، و لا بأس به»

بل ربما يقال: بضمان الجارية ذلك لو كانت هى الغاره، فتتبع به بعد العتق، و كان المراد بالضمان قراره، لما عرفت فى محله أن المغرور لا يستحق الرجوع إلا بعد الدفع، و الله العالم.

[المسأله الرابعه إذا زوج عبده أمته هل يجب أن يعطيها المولى شيئاً من ماله قبل نعم]

المسأله الرابعه إذا زوج عبده أمته هل يجب أن يعطيها المولى شيئاً من ماله؟ قيل و القائل الشيخان و ابنا حمزه و البراج و أبو الصلاح نعم يجب ل

صحيح ابن مسلم (٣) عن الباقر عليه السلام «سألت عن الرجل كيف ينكح عبده أمته؟ قال: يجرؤه أن يقول: قد أنكحتك فلانه و يعطيها ما شاء من قبله أو من مولاها، و لو مدا من طعام أو درهما»

و حسن الحلبي (٤) قلت لأبى عبد الله عليه السلام: «الرجل كيف ينكح عبده

١-١ الوسائل الباب-٧- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب-٦٧- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث ٧.

٣-٣ الوسائل الباب-٤٣- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث ١ مع اختلاف يسير.

٤-٤ الوسائل الباب-٤٣- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث ٢.

أمته؟ قال: يقول: أنكحتك فلانه و يعطيها ما شاء من قبله أو من قبل مولاه و لو مدا من طعام أو درهما أو نحو ذلك».

و لكن مع ذلك ف الاستحباب أشبه بأصول المذهب و قواعده و أشهر بل المشهور سيما بين المتأخرين و متأخريهم للأصل و عدم تصور استحقاقه لنفسه على نفسه، ضروره أن مهر الأمه لسيدها، كعدم تصوره استحقاق ماله عليه مالا، بل التسامح فى الخبرين المزبورين فى تقدير ذلك أوضح قرينه على الاستحباب، بل صراحتها بعدم ذكره مهرا فى النكاح شاهد آخر عليه أيضا، و منه يعلم شذوذهما لو أريد الوجوب، ضروره كون القائل بالوجوب يجعله مهرا كما هو صريح النهايه و المحكى عن غيرها، فظاهر الخبرين لم يقل به، كما أن ظاهر القائلين لم يوافق خبر.

و لافرق فى المختار بين القول بأن نكاح العبد تحليل أو عقد، فما عساه يظهر من بعضهم من بناء هذه المسأله على ذلك لا وجه له، و التحقيق فيها أنه عقد، لإطلاق النص (١)

و الفتوى خلافا لابن إدريس، فتحليل لعدم الحاجه فيه إلى قبول، و للاكتفاء بأمر المولى بالاعتزال فى فسخه، و لو كان عقدا لاحتاج إلى طلاق من العبد الأخذ بالساق، و دعوى كون هذا الأمر طلاقا يدفعها عدم اعتبار ما يعتبر فى الطلاق فيه، و فيه منع عدم الحاجه فيه إلى قبول، و الخبران إنما كان السؤال فيهما عن كيفية إنكاح المولى العبد أى ما يتعلق بالمولى من الإيجاب، لا أن المراد كفايه ذلك من دون قبول لا من العبد و لا من السيد الذى هو وليه، بل لعل دلالته على القبول أوضح، كما فى كشف اللثام، للفظ الإنكاح، و اجتزئ به عن ذكر القبول، لظهوره فحينئذ يبقى ما دل على اعتبار العقد به فى النكاح بحاله.

و من ذلك يعلم ما فى القواعد من الإشكال فى ذلك، قال فيها: «و لو زوج عبده أمته ففى اشتراط قبول المولى أو العبد إشكال ينشأ من أنه عقد أو إباحه» إذ قد عرفت أن الأول هو الموافق للأصل و الاحتياط فى الفروج، و الظاهر من الأصحاب

و الأخبار، بل هو صريح بعض الأصحاب أيضا كما اعترف بذلك كله في كشف اللثام، بل ربما ظن من

صحيح علي بن يقطين (١) عدم جواز التحليل للعبد، «سأل الكاظم عليه السلام عن المملوك يحل له أن يطاء الأمة من غير تزويج إذا أحل له مولاه، قال: لا يحل له»

و إن كان الأقوى خلافه كما تعرفه من النصوص (٢)

الداله على جواز التحليل له، و احتمال كون المراد من الخبر أن مطلق الامذن له في ذلك لا يكون نكاحا، بل لا بدله من إنشاء عقد أو تحليل، بل لعله الظاهر منه.

و على كل حال فلا ريب في كون الأقوى ما عرفت، و لا يلزمه عدم الفراق إلا بالطلاق، فان نكاح المتعه عقد، و يحصل فراقه بغير الطلاق.

بل مما ذكرنا يعلم ما في المحكى عن المختلف من التزامه بعدم الحاجة إلى القبول، معللا له بكونه ممن لا يملكه، لجواز إجباره عليه، إذ فيه أن ذلك لا يقتضى عدم القبول اللفظى المحقق للعقد و لو من السيد كباقي أفراد المولى عليهم، فالتحقيق اعتباره في صحه العقد، بل تحققه من العبد باذن السيد أو من السيد، و كذا الإيجاب من الأمة بإذنه أو منه، فان كلا منهما إذا حصل كفى.

و كيف كان ف لو مات السيد كان الخيار للورثه في إمضاء النكاح و فسخه لانتقال ما كان للسيد إليهم، و لا خيار للأمة الباقية على الرقيه و إن تغير المالك، كما هو واضح.

١- ١ الوسائل الباب- ٣٣- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣٣- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١ و الباب- ٤٥- منها الحديث ١ و الباب- ٢٢- منها الحديث

[المسألة الخامسة إذا تزوج العبد بحره مع العلم بعدم الإذن لم يكن لها مهر و لا نفقه مع علمها بالتحريم]

المسألة الخامسة إذا تزوج العبد بحره مع العلم لها بعدم الاذن له من السيد في ذلك لم يكن لها مهر و لا نفقه مع علمها بالتحريم قطعا لكونها بغيا حينئذ و ل

خبر السكوني (١) عن الصادق عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله: أيما امرأه حره زوجت نفسها عبدا بغير إذن مواله فقد أباحت فرجها و لا صداق لها».

نعم قيل كما في كشف اللثام وغيره لأحد عليها، و ربما كان ظاهر اقتصار المصنف وغيره على ما عداه، و لعل وجهه أنه شبهه بالنسبه إليها باعتبار نقصان عقلها و عدم مخالطتها لأهل الشرع، فيكفي العقد شبهه لها، و بذلك يفرق بينها و بين الحر إذا تزوج أمه غير مأذونه عالما بحرمه ذلك عليه، كما أنه قد يفرق بينها و بين ما إذا تزوجت حرا بعقد فساده بأن هذا العقد فضولي تجوز فيه إجازة المولى، و يؤيده

ما في الأخبار (٢) من أنه «لم يعص الله و إنما عصى سيده»

و حسن منصور بن حازم (٣) عن الصادق عليه السلام «في مملوك تزوج بغير إذن مولاه أ عاص لله؟

قال: عاص لمولاه، قلت: حرام هو، قال: ما زعم إنه حرام، و قل له: أن لا يفعل إلا بإذن مولاه».

إلا أن الجميع كما ترى، بل لعل اقتصار المصنف وغيره اتكالا على معلوميه ذلك، ضروره صدق كونها زانية، و الشبهه العرفيه منتفيه بالفرض، و الشرعيه لا- دليل عليها، و نقصان عقلها و عدم مخالطتها لأهل الشرع لا يقضى بذلك بعد فرض علمها بالتحريم، كما أن توقع الإجازة لا يقضى به أيضا، و إلا سقط الحد عنها بتزوجها حرا مولى عليه فضولا مع تمكينها من وطئه إياها و لم تحصل الإجازة بعد ذلك،

١- ١ الوسائل الباب- ٢٤- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٣.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٤- من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٣- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٢.

بل كان المتجه سقوطه عن الحر الذى يتزوج أمه من غير اذن مولاهما فضولا و وطأها ثم لم تحصل الإجازة، فإنه لا اشكال عندهم فى ثبوت الحد عليه فيما تقدم، نعم الظاهر عدم تعجيل الحد عليه قبل تعرف عدم الإجازة، لاحتمال حصولها، و هكذا فى كل فضولى، فإنه لا شبهه فى الواقع فى كونه وطء أجنبيه مثلا أو زوجه إلا أنا لا نعلم إلا بعد حين، فحاله حينئذ كمن وطأ امرأه فى ظلمه مثلا لا يعلم أنها زوجته أو غير زوجته عالما بحرمه ذلك عليه، ثم بان أنها غير زوجته، فان الظاهر ثبوت الحد عليه، لا قدامه على وطئها أجنبيه و كانت كذلك فى الواقع، و ليس هذا معنى الشبهه الدائره للحد، كما هو واضح، و

خبر «لم يعص الله»

إلى آخره و نحوه يراد منه أن عقده مستعد للصحة بالإجازة لذلك، كما عرفته فى محله، و إلفقد ورد فى النصوص (١)

فى الأمه إذا تزوجت بغير إذن مولاهما فهى زانية، كما أوماً إليه الإمام عليه السلام هنا بنفى الصداق لها، إذ هو ليس إلا لكونها بغيا حينئذ، فتأمل جيدا.

و من ذلك يعلم أنه متى فعلت ذلك كان أولادها منه رقا لمولى العبد بلا خلاف، بل فى كشف اللثام نسبتة إلى قطع الأصحاب مشعرا بدعوى الإجماع عليه كغيره، ضروره انتفاءهم عنها بالزنا الذى لا يثبت معه نسب، فيبقى أصل تبعية نماء المال للمال المقتضى لكون الولد رقا للمولى على حاله، نعم ربما أشكل ذلك بأنه مناف لما عندهم من أن العبد إذا زنى بحره كان الولد حرا، ضروره إطلاق كلامهم فى المقام رقيه الولد عدم الفرق بين علم العبد بحرمه ذلك عليه و عدمه، و ليس هو فى الأول إلا زنا، و احتمال تخصيص كلامهم بالثانى معلوم عدمه، و قد يدفع بأن ذلك كذلك أيضا لو لا

خبر العلاء بن رزين (٢) عن الصادق عليه السلام «فى رجل دبر غلاما فأبق الغلام فمضى إلى قوم، فتزوج منهم و لم يعلمهم أنه عبد، فولد له أولاد و كسب مالا و مات مولاه الذى دبر فجاءه ورثه الميت الذى دبر العبد فطلبوا العبد، فما ترى؟ قال: العبد و ولده لورثه الميت، قلت: أ ليس قد دبر العبد؟ قال: إنه لما أبق

١-١ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

٢-٢ الوسائل الباب- ٢٨- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.

هدم تديره و رجع رقا»

الشامل لصورتى علم العبد بحرمه ذلك عليه و عدمه، و من هنا فرق بينه و بين الزنا الذى لا عقد فيه الذى لا مقتضى لجهه الشركه فيه إلا قاعده النمائه التى هى فى الأم متحققه عرفا، كسائر الحيوانات، هذا كله فى الحره العالمه.

و أما لو كانت جاهله بكونه عبدا أو بحرمه ذلك عليها فلا حد عليها قطعا للشبهه و كانوا أى أولادها منه أحرارا وفاقا للمشهور شهره عظيمه اجراء للشبهه مجرى الصحيح الذى قد عرفت تبعيه الولد فيه للحر الذى هو أشرف الأبوين، سواء كان العبد مشتبهها أولا، نحو الأمه التى دلست نفسها فتزوجها الحر مشتبهها، فإن أولادها منه أحرار نصا (١)

و فتوى كما عرفته فيما تقدم، و خلافا للمحكى عن المفيد، من الحكم بكونهم رقا، و لعله لإطلاق الخبر المزبور (٢)

و تبعه فى الحدائق لذلك، لكن لا يخفى على من أحاط خبرا بما ذكرنا فى نصوص الأمه (٣)

- من كون المراد الحكم بالملكه التى هى مقتضى قاعده نماء المملوك المتزوج بغير إذن حتى تقوم البينه للحر بكونه مشتبهها كى يلحق به الولد، فان احتمال الشبهه غير كاف فى ذلك و إن كفت فى درء الحد- أن المراد من الخبر المزبور هنا أيضا ذلك قطعا، لا- أن المراد كون الولد رقا حتى لو علم كون الحره مشتبهه المخالف لقاعده إجراء الشبهه مجرى الصحيح فى لحوق الأولاد فى كل مقام و كون المفروض فى الخبر عدم إعلام العبد بالإباق لا يحقق الشبهه، كما هو واضح و حينئذ فلا ريب فى كون أولادها أحرارا للشبهه.

بل الظاهر أنه لا- يجب عليها هنا قيمتهم بلا خلاف أجده فيه، للأصل بعد اختصاص الدليل بالحر المتزوج أمه شبهه، و حرمه القياس خصوصا مع إمكان إبداء الفرق بين المقامين، اللهم إلا أن يقال: إن غرم القيمه هناك ليس إلا للحيلولة بين المالك و نماء ملكه المشترك بين المقامين، و فيه أن ذلك تعليل بعد

١- ١ الوسائل الباب- ٦٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٨- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٦٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

النص، على أن قاعده النماء قد عرفت كونها فى الأم دون الأب كما فى سائر الحيوانات، و لذا غرم الحر فى إتلاف نماء الام بخلاف الحره، فتأمل.

و على كل حال فى الفرض كان مهرها المسمى أو مهر المثل لازما لذمه العبد إن دخل بها ضروره كون الوطاء محترما، و متى كان كذلك لم يخل من مهر، و لكن حيث كان العبد غير قادر على شىء فهو معسر حينئذ و من هنا كان المتجه أنها تتبع به إذا تحرر هذا إذا لم يجز المولى، و إلا كان اللازم المسمى تطالب به السيد، لما عرفت من أن مهر العبد المأذون على مولاه كنفقه زوجته و ذلك كله واضح بعد الإحاطه بما قدمنا فى المباحث السابقه.

[المسأله السادسه إذا تزوج عبد بأمه لغير مولاه فان أذن المولى بالولد لهما]

المسأله السادسه إذا تزوج عبد بأمه لغير مولاه فان أذن المولى سابقا أو لا حقا فالولد لهما بلا خلاف و لا إشكال، لما عرفته سابقا من كون ذلك مقتضى العقد، من غير فرق فى ذلك بين حصول الولد منهما قبل الاذن أو بعده، و بين علمهما بالتحريم و عدمه و كذا لو لم يأذنا بلا- خلاف أيضا و لا- إشكال بعد ما عرفت سابقا من الحكم برقيه ولد الأمه المزوجه بغير إذن فى النصوص (١)

السابقه التى لا يضر فرض كون المتزوج بها حرا فى بعضها، و برقيه ولد العبد المتزوج بغير إذن سيده فى خبر رزين (٢) السابق المعتضد بالفتوى.

بل ظاهر إطلاق المصنف و غيره عدم الفرق فى ذلك بين علمهما بالتحريم و عدمه، و إن كان ربما توهم الاشكال فيه بأنه متجه فى صورته الجهل، للشبهه الجاربه

١- ١ الوسائل الباب- ٦٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٣ و ٤ و ٦ و ٧.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٨- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١ و هو خبر علاء بن رزين.

مجرى العقد الصحيح المقتضى للشركه، دون صورته العلم التي هي من الزنا الذي ستعرف فتوى الأصحاب بكون الولد لمولى الأمه، و من هنا قيد بعض الناس موضوع المسأله فى غير المأذونين بالجاهلين، إلا أنه لا يخفى عليك ما فيه، لما عرفت سابقا من الفرق بين الزنا و العقد و إن كان معلوم الفساد لهما، لخبر رزين (١)

السابق المفروض فيه علم العبد بعدم إذن المولى له عالما بالحكم مع ذلك أو لا فالمتجه حينئذ إبقاء إطلاق الأصحاب على حاله، و دليله ما دل من النصوص (٢)

على أن نكاح الأمه من غير إذن مولاهما مقتضى لرقية الولد، و نكاح العبد من غير إذن مولاه مقتضى لرقية الولد، من غير فرق بين علمهما و بين اشتباههما، فمع فرض عدم الاذن لكل منهما اتجه حينئذ الاشتراك إعمالا للسببين معا بعد معلوميه امتناع تعدد المالكة للمال الواحد، نعم لو حصل اشتباه من حر أو حره اقتضى ذلك حريه الولد إلحاقا له بأشرف الأبوين، و تغليباً لجانب الحريه كما سمعته فى نصوص (٣)

الأمه التي دلست نفسها فتزوجها حر مشتبهها و سمعته أيضا فى العبد الذي تتزوجه الحره مشتبهه.

و من ذلك يعلم الحكم فيما لو أذن أحدهما خاصة دون الآخر، و أنه متى تحقق ذلك كان الولد لمن لم بأذن منهما، لا لأن الاذن قد أسقط حقه لإذنه، لاحتمال تزوج المملوك حراً، لإمكان المناقشه فيه بعدم اقتضاء الاذن ذلك، و لذا لو كانا معا مأذونين اشترك الولد بينهما، و بإمكان فرض اختصاص تزوج المملوك، بل لما عرفته من اقتضاء عدم الاذن فى نكاح العبد و الأمه رقيه الولد

١-١ الوسائل الباب- ٢٨- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١ و هو خبر العلاء بن رزين.

٢-٢ الوسائل الباب- ٦٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٣ و ٤ و ٦ و ٧.

٣-٣ الوسائل الباب- ٦٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١ و ٢ و ٥ و ٨.

بالنصوص (١)

التي سمعتها إلا إذا عارض ذلك شبهه حر، لغلبه جهه الحريه حينئذ جهه الملكيه، أما الاذن فلا يقتضى ملكيته إلا إذا صادفت إذنا من آخر أو شبهه، فيختص الملك حينئذ فى الفرض بغير الاذن، لانحصار مقتضى الملكيه أعنى عدم الاذن به دون الآخر الذى لا دليل على اقتضائه الملكيه فى الفرض، بل ظاهر الأدله خلافه، خصوصا خبر رزين (٢).

الشامل بإطلاقه تزوج الآبق حره أو أمه مأذونه، و خصوصا نصوص الأمه الآبقه (٣)

التي دلست نفسها فتزوجت حرا التي قد عرفت اختصاص مولاها بالولد إلا- إذا كان الحر مشتبهها، فإن الشبهه حينئذ تعارض مقتضى الملكيه و ترجح عليها، لاقتضاءها الحريه المبنيه على التغليب.

و من ذلك ينقدح شىء لم يتعرض له الأصحاب، و هو أن ذلك كله من حيث الاذن و عدمه، و أما إذا كان فى العبد المأذون جهه تقتضى الملكيه غير عدم الإذن كالشبهه مثلا فإن المتجه حينئذ الاشتراك فى الولد، عملا بمقتضى عدم الاذن و مقتضى الشبهه، و لا ينافى ذلك إطلاق الأصحاب الولد لمن لم يأذن المعلوم كون المراد به من حيث الاذن و عدمها لا إذا كانت جهه أخرى تقتضى الملكيه، نعم الظاهر أنه لا مدخله لتعدد جهات الملك فى أحدهما و اتحادها فى آخر، كما لو فرض الشبهه أيضا فى غير المأذون و فى المأذون الشبهه خاصه، فإن الأول قد تعدد فيه مقتضى الملكيه، و هو عدم الاذن و الشبهه، بخلاف الثانى، فإن الشبهه خاصه، إلا أن الظاهر التشريك بينهما بالنصف، لعدم الفرق بين اتحاد الجهه و تعددها فى ذلك.

و لو اشترك أحدهما بين اثنين فأذن مولى المختص و أحدهما دون الآخر ففى القواعد الاشكال فيه، و لعله من إطلاق الفتوى بأن الولد لمن لم يأذن و اشترك العله، و من أن الأصل تبعيه النماء للملك، خرج منه موضع اليقين، و هو ما إذا اتحد

١- ١ الوسائل الباب- ٢٨- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١ و الباب- ٦٧- منها الحديث ٤ و ٦ و ٧.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٨- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١ و هو خبر العلاء بن رزين.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٦٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

المالك فالباقي على أصله، لكن قد عرفت ما يقتضى صحه الوجه الأول، فيختص حينئذ بالنماء و إن ضعف جزؤه.

و لو فرض كون العبد و الأمه مشتركين فأذن أحد الشريكين فى كل منهما دون الآخر فى كل منهما أيضا كان الولد مشتركا بين من لم يأذن من الشركاء و إن ضعف جزؤهما، هذا كله فى النكاح.

و أما لو زنى بأمه غير مولاه كان الولد لمولى الأمه من غير خلاف و لا إشكال، لعدم العقد المقتضى للتشريك، فلم يكن إلا قاعده النمائه، و هى متحققه عرفا فى الإمام دون الأب نحو الحيوانات.

كما أنه لو زنى بحره كان الولد حرا بلا خلاف أيضا و لا إشكال، لعدم العقد المقتضى للتشريك و النمائه فى الإمام المفروض كونها حره، فيتبعها فى ذلك، مضافا إلى أصله الحريه.

أما العكس بأن زنى الحر بأمه كان الولد رقا، لعدم العقد أيضا، و قاعده النماء فى الأم، و لا يشكل ما ذكرناه بالحره التى تزوجت عبدا غير مأذون عالمه بالتحريم، لما عرفت من الدليل المخصوص فى النكاح دون الزنا كما أوضحناه سابقا.

و لو اشتبه العبد و الأمه بلا نكاح فحصل ولد بينهما فالظاهر التشريك إجراء للشبهه مجرى الصحيح.

و لو كانت الأمه مشتبهه و العبد زانيا فالولد لمولى الأمه قطعاً، لقاعده النمائه و للشبهه.

أما العكس فيحتمل التنصيف إعمالاً للشبهه المقتضيه الملك للمشتبه، و للنمائيه المقتضيه الملك لمولى الأمه، فيثبت التنصيف جمعا بين السببين، و يحتمل اختصاص الولد بمولى العبد المشتبه الذى هو أشرف لجهه الاشتباه، و لرجحان جهه الاشتباه على قاعده النمائه، و لذا ثبت التشريك فى حال اشتراكهما فى الاشتباه المقتضى للتشريك بينهما، فمع فرض اختصاص الاشتباه بأحدهما يختص بحكم العقد دون

غيره، نحو اشتباه الحره أو الحر من طرف دون آخر، وقد يحتمل اختصاص مولى الأمه، لقاعده النمائيه، ولكنه كما ترى.

و لو اشتبه العبد فوطاً حره مشتبهه أيضا كان الولد حراً قطعاً، أما لو كانت زانيه فالولد لمولى العبد إجراء لحكم الشبهه مجرى الصحيح فى حق العبد خاصه، و قد ظهر بذلك كله الحال فى جميع شقوق المسأله على وجه لم نسبق اليه بحمد الله تعالى.

[المسأله السابعه لو تزوج أمه بين شريكين ثم اشترى الزوج حصه أحدهما بطل العقد و حرم عليه وطؤها]

المسأله السابعه لو تزوج أمه بين شريكين ثم اشترى الزوج حصه أحدهما بطل العقد و حرم عليه وطؤها مع عدم رضا الشريك الأخر بلا خلاف و لا إشكال، لعدم التبعض فى أسباب النكاح ابتداء و استدامه للأصل و لظهور الآيه (١) فى ذلك و

موثق سماعه (٢).

«سألته عن رجلين بينهما أمه فزوجهما من رجل ثم إن الرجل اشترى بعض السهمين، قال: حرمت عليه باشتراؤه إياها، و ذلك أن بيعها طلاقها إلا أن يشتريها من جميعهم»

و من ذلك يعلم أنه لو أمضى الشريك الأخر العقد بعد الإبتياح لم يصح ضروره عدم تأثير الإمضاء فى العقد بعد بطلانه، و لو فرض بقاءه على الصحه للأصل لم يحتج إلى إمضائه، ضروره صحته بالأصل باذنه.

و لكن مع ذلك قيل و القائل الشيخ و القاضى فى النهايه و محكى المذهب يجوز له وطؤها بذلك الإمضاء، قال فى النهايه: «و إذا تزوج الرجل أمه بين شريكين ثم اشترى نصيب أحدهما حرمت عليه، إلا أن يشتري النصف الأخر أو يرضى مالك نصفها بالعقد، فيكون ذلك عقداً مستأنفاً و هو كما ترى

١- ١ سورة المؤمنون: ٢٣- الآيه ٦.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٤٦- من أبواب نكاح العبد و الإمام الحديث ٢.

ضعيف جدا، إذ لا حاجة لا جازته ثانيا عقد النكاح المتقدم بعد أن كان المفروض وقوعه أولا بإذنه إن صح العقد على أمه مشتركة بين الزوج وغيره، وإلا لم يفد، وإن كان يريد الرضا بالعقد جديدا ففيه أنه إن صح العقد على مثلها لم يكن لبطلان المتقدم وجه، ومن هنا حمله المصنف في محكى نكته على النهايه على الرضا بعقد البيع للنصف الآخر، و ذكر أن «أو» من سهو الناسخ أو بمعنى الواو، وهو وإن كان بعيدا إلا أنه أقرب من حمله على ظاهره الذى لا ينبغى نسبته الى من له أدنى معرفه بالفقه فضلا عن شيخ الطائفه.

نعم يمكن أن يكون أولى من ذلك حمله على إرادته الرضا بالإباحه الذى ذكره المصنف بقوله و لو حللها له أى الشريك قيل: تحل، و هو مروى صحيحا فى الكافى و التهذيب فى باب السرارى و ملك الأيمان عن محمد بن قيس (١)، عن أبى جعفر عليه السلام،

و فى الفقيه عن محمد بن مسلم (٢) عنه عليه السلام أيضا قد عمل به ابن إدريس و جماعه، منهم الشهيد فى اللمعه و فاضلا الكشف و الرياض، قال: «سألته عن جاريه بين رجلين دبراها جميعا ثم أحل أحدهما فرجها لشريكه، قال: هى له حلال، و أيهما مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حرا من قبل الذى قد مات و نصفها مدبرا قلت: إن أراد الثانى منهما أن تمسها إله ذلك؟ قال: لا، إلا أن يثبت عتقها و يتزوجها برضا منها متى ما أراد، قلت له: أليس قد صار نصفها حرا و قد ملكت نصف رقبتها، و النصف الأخر للباقي منهما؟ قال: بلى، قلت: فإن هى جعلت مولاهما فى حل من فرجها له ذلك، قال: لا يجوز ذلك، قلت: و لم لا يجوز له ذلك و قد أجزت للذى كان له نصفها حين أحل فرجها لشريكه منها؟ قال: إن الحره لا تهب فرجها، و لا تعيره، و لا تحلله، و لكن لها من نفسها يوم و للذى دبرها يوم، فإن أحب أن يتزوجها متعه فى اليوم الذى تملك فيه نفسها فيتمتع منها بشىء قل أو كثر»

و هو صريح فى المدعى أولا و آخرا.

١-١ الوسائل الباب- ٤١- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب- ٤١- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.

بل ربما أيد بأنها قبل التحليل محرمة و إنما حلت به، فالسبب واحد، و فيه أنه حينئذ يكون تمام السبب لا السبب التام في الإباحة، ضروره اختصاص التحليل بحصه الشريك لا بالجميع، و تحقق المسبب عند تمام السبب لا يوجب كون الجزء الأخير سببا تاما، اللهم إلا- أن يريد باتحاد السبب بناء على التحليل من ملك اليمين كون الوطاء حينئذ بالمتحد و إن اختلفت جهه ذلك بملك الرقبه في النصف و المنفعه في النصف الأخر.

لكن مع ذلك رده في النافع و المسالك و غيرهما بالضعف الذي قد يشعر به هنا نسبه إلى الروايه، و لعلمهم لحظوا روايه الشيخ له في أول كتاب النكاح عن محمد ابن مسلم (١)

بطريق فيه على بن الحسن بن الفضال، و هو- مع أنه ليس ضعيفا، لكونه من الموثق الذي قد ثبتت حجته في الأصول- قد عرفت روايته صحيحا.

و من هنا يظهر لك النظر فيما قيل من أنه لا يجوز، بل لعله المشهور لأن سبب الاستباحه لا يتبعض فإنه- بعد تسليم كون ما نحن فيه من ذلك- كالاتجاه في مقابله النص الصحيح الصريح الذي لا يقصر عن تقييد ما يقتضى عدم الجواز من الأصل و قاعده التبعض، فلا ريب في أن المتجه العمل به، بل عن ابن حمزه أنه إذا هأياها مولياها فتمتع بها أحدهما في يوم الشريك باذنه جاز، لفحوى الصحيح السابق التي لا ينافيها بعد فرضها أن المهاياه إنما تتعلق بالخدمه دون العين و البضع، فتأمل.

و كذا لو ملك، نصفها و كان الباقي حرا لم يجز له وطؤها بالملك و لا بالعقد الدائم اتفاقا لتبعض السبب، و لا بالمنقطع في غير محل النص كذلك و لا بالتحليل المختص جوازه بالمولى دون المرأه نفسها كما سمعت التصريح به في الصحيح، ف لا ريب في عدم جوازه، نعم إن هأياها على الزمان قيل كما عن الشيخ و جماعه يجوز أن يعقد عليها متعه في الزمان المختص بها لكونها

١- ١ أشار الى هذا السند في الوسائل الباب- ٤١- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ١ و ذكره في التهذيب ج ٧ ص ٢٤٥ الرقم ١٠٦٧.

كالإجاره فى كون موردها المنفعه المفروض اختصاصها به فى هذا الزمان و مع ذلك ف هو مروى فى الصحيح (١)

الذى سمعته. و لكن فى تردد عند المصنف لذلك و لما ذكرناه من العله و هو لزومه تبعيض السبب، فإنها لم تخرج بالمهاياه عن ملك المولى، على أن منافع البعض لا- تعلق لها بالمهاياه و إلا- لحل لها المتعه بغيره فى أيامها، و هو باطل اتفاقا على ما فى المسالك و محكى نهايه المرام، إلا- أنا لم نتحققه، و على تسليمه ينبغى اختصاص المنع به، لا- الأعم منه و من المولى الذى جوازه صريح النص الصحيح القابل لتقييد دليل عدم الجواز، و من هنا كان العمل به متجها خصوصا بعد ظهور توهم الضعف ممن رده إلا أن الانصاف عدم ترك الاحتياط، و الله العالم.

[و من اللواحق فى نكاح الإمام الكلام فى الطوارى]

[أما العتق]

و من اللواحق فى نكاح الإمام الكلام فى الطوارى على عقد الأمه الموجه حكما لم يكن قبلها من التسلط على الفسخ و التحريم فى بعض الموارد و من هنا كان تسميتها بالطوارى أولى من المبطلات، ضروره عدم إبطالها فى جميع الأحوال، نعم هى كثيره لكن خص المصنف منها ثلاثه: العتق و البيع و الطلاق لكثرت مباحثها و تشعب أحكامها مع ذكر الغير فى ضمنها أوفى محل آخر يناسبه و الأمر سهل.

[أما العتق]

أما العتق فإذا أعتقت المملوكه كان لها فسخ نكاحها لا أن النكاح بينهما باطل، وإن كان قد يوهمه

قول الصادق عليه السلام في صحيح عبد الله بن سنان (١)

«إذا أعتقت مملوكيك فليس بينهما نكاح، وقال: إن أحببت أن يكون زوجها كان ذلك بصداق»

لكن يجب إرادته الخيار منه بقرينه التصريح به في غيره من النصوص (٢)

المعتضده بالفتاوى، بل وفيه بعد ذلك،

قال: و«سألته عن الرجل ينكح عبده أمته ثم أعتقها قال: نعم تخير فيه إذا أعتقت»

سواء كانت تحت عبد أو حر على المشهور بين الأصحاب، بل هو في العبد مجمع عليه بين المسلمين فضلا عن المؤمنين، مضافا إلى إمكان دعوى تواتر النصوص فيه (٣).

بل خص الخيار بعضهم به، وإليه أشار المصنف بقوله و من الأصحاب من فرق بين الحر و العبد مشيرا بذلك إلى الشيخ في محكى المبسوط و الخلاف، بل اختاره هنا، فقال و هو أشبه بأصالة اللزوم في العقد و قاعده الاقتصار على المتيقن، و لأن الأصل في هذا الحكم عتق عائشه لبريره فخيرها رسول الله صلى الله عليه و آله (٤)

و لم تثبت حريته،

قال أبو عبد الله عليه السلام في خبر العيص (٥): «و بريده كان لها زوجها فلما أعتقت خيرت»

و قال عليه السلام أيضا في مرسل أبان (٦): «قال أمير المؤمنين عليه السلام في بريده ثلاث من السنن حين أعتقت في التخيير و في الصدقة و في الولاء»

بل

في خبر سماعة (٧) قال: «ذكر أن بريده مولاه عائشه كان لها زوج عبد، فلما أعتقت قال لها رسول

١- ١ الوسائل الباب- ٥٣- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١ و ذكر ذيله في الباب- ٥٢- منها الحديث ١ و في الذيل «ثم أعتقها تخير فيه أم لا؟ قال: نعم».

٢- ٢ الوسائل الباب- ٥٢- من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

- ٣-٣ الوسائل الباب- ٥٢- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء.
- ٤-٤ الوسائل الباب- ٥٢- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث ٢.
- ٥-٥ الوسائل الباب- ٥٢- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث ٣.
- ٦-٦ الوسائل الباب- ٥٢- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث ٥.
- ٧-٧ الوسائل الباب- ٥٢- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث ٦.

الله صلى الله عليه وآله: اختارى إن شئت أقمت مع زوجك، و إن شئت فلا»

و فى خبر العجلي (١) عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «كان زوج بريره عبدا»

و فى خبر ابن سنان (٢) عنه عليه السلام أيضا «إنه كان لبريره زوج عبد، فلما أعتقت قال لها النبى صلى الله عليه وآله اختارى»

بل ربما كان فى الأخير رائحه اعتبار العبدية فى التخيير، مؤيدا ذلك بمعلوميه كون المنشأ فى هذا الخيار نفي الضرر و الضرار، و هو يتحقق فى العبد باعتبار كونه ملكا للغير لا- يورث، و لا ولايه له على أولاده، و لا ينفق عليهم، إلى غير ذلك مما هو معلوم، بخلاف الحر.

لكن الجميع كما ترى بعد إطلاق

قول الصادق عليه السلام فى صحيح الكنانى (٣).

«أيما امرأه أعتقت فأمرها، بيدها إن شاءت أقامت معه، و إن شاءت فارقت»

و قوله عليه السلام فى مرسل ابن بكير (٤): «فى رجل حر نكح أمه مملوكه ثم أعتقت قبل أن يطلقها، قال: هى أملك ببضعها»

و قوله عليه السلام أيضا فى خبر الشحام (٥)

و

قول الرضا عليه السلام فى خبر محمد بن آدم (٦): إذا أعتقت الأمه و لها زوج خيرت، إن كانت تحت حر أو عبد»

و من هنا كان خيره الأكثر عدم الفرق، و الضعف فى السند منجر بالشهره و التعاضد، بل ربما يومئ إليه

قوله صلى الله عليه وآله لبريره على ما فى بعض الأخبار «ملكك بضعك فاختارى»

لا لإيمانه ك

قوله عليه السلام: «هى أملك ببضعها»

إلى كون المنشأ فى التخيير صيرورتها حره مالكة بضعها، من غير فرق بين حره الزوج و مملوكيته.

و منه يعلم ما فى دعوى كون منشئه الضرر، كما أنه يعلم من ذلك كله ما فى الأدله السابقه التى لا تصلح معارضا لما عرفت، بل

«أن زوج بريره كان حراً»

فلا ريب حينئذ أن الأشبه التعميم لا التفصيل، كما أنه لا فرق في ثبوت الخيار المزبور بين ما قبل الدخول و بعده، لإطلاق الأدله، نعم في القواعد و غيرها

-
- ١-١ الوسائل الباب-٥٢- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث ٤.
 - ٢-٢ الوسائل الباب-٥٢- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث ٩.
 - ٣-٣ الوسائل الباب-٥٢- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث ٨.
 - ٤-٤ الوسائل الباب-٥٢- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث ١١.
 - ٥-٥ الوسائل الباب-٥٢- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث ١٣.
 - ٦-٦ الوسائل الباب-٥٢- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث ١٢.
 - ٧-٧ سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٢٣.

«إلا- إذا زوج ذو المائه مثلاً أمه بمأه و قيمتها مائه ثم أعتقها في مرض موته أو أوصى بعتقها لم يكن لها الفسخ قبل الدخول، و إلا لسقط المهر بناء على سقوطه بذلك منها قبل الدخول، فلم تخرج من الثلث، لأنها حينئذ نصف ماله، فيبطل عتق بعضها، و هو ثلثها، فيبطل خيارها المعتبر فيه عتقها أجمع على ما ستعرف، فيدور الفسخ إلى الفساد، و يكون مما يستلزم وجوده عدمه».

و قد يناقش فيه بأن نفوذ العتق يكفي فيه سعه الثلث له حاله، و النقصان بعد ذلك بسبب آخر من غير المريض لا ينافيه، لكن يدفعها ظهور النص (١)

و الفتوى في ذلك المقام إن كل نقص يدخل التركة مرتب على فعل الموصى لا ينفذ إلا من الثلث، نعم يمكن المناقشه بعدم اقتضاء الدور اختصاص الأمه بعدم الفسخ، إذ يمكن رفعه بعد إرجاع مثل هذا النقص إلى الثلث لاستلزامه الدور أو بغير ذلك، بل لعله أولى من تخصيص دليل عدم الفسخ لها لضعف دليل ما يقتضى الإرجاع إلى الثلث حتى في نحو المقام خصوصاً بعد ملاحظه قاعده التسلط و غيرها مما يقتضى بالنفوذ في الأصل و إن قلنا بخروج غير المقام، فتأمل جيداً.

و على كل حال فإذا اختارت الفراق في موضع ثبوته قبل الدخول سقط المهر من غير خلاف يعرف فيه، لكون الفسخ منها قبل الدخول، و لأنه كتلف المبيع قبل قبضه، و لكون النكاح كالمعاوضه المبنيه على التسليم بالتسليم، لكن قد يناقش بثبوت المهر بالعقد، و كون الفسخ من قبلها على تقدير اقتضائه سقوط المهر انما يؤثر لو كان المهر لها لا إذا كان لغيرها، و القياس على تلف المبيع قبل قبضه باطل عندنا و بناء هذه المعاوضه على احتمال جريان أمثال هذه العوارض فيها.

و إن اختارت الفراق في موضع ثبوته بعد الدخول كان المهر ثابتاً لمولاها بلا خلاف أجده فيه، بل و لا إشكال إذا كان العتق بعد الدخول، أما إذا كان قبله و لم تعلم به حتى دخل بها ثم علمت ففسخت ففي محكى التحرير و المبسوط يثبت لها مهر المثل، لاستناد الفسخ إلى العتق، و لم يستقر المسمى قبله، فالوطاء خال

عن النكاح، بل لا بد أن يكون مهر المثل لها لا للمولى، وفيه أن الفسخ هو الموجب للانفساخ لا العتق، فالمتجه كونه للسيد مطلقاً، نعم إن قلنا: إن المهر يجب بالدخول لا بالعقد اتجه حينئذ وجوب المسمى لا مهر المثل لها، لأن الفرض كون الدخول بعد العتق.

و من ذلك يعلم الحكم فيما لو اختارت المقام و كان العتق قبل الدخول، فان المهر حينئذ للسيد إن أوجبناه بالعقد كما هو التحقيق، و لها إن أوجبناه بالدخول، و ان اختارت المقام بعد الدخول بها أمه ثم أعتقت كان المهر للمولى قطعاً.

و لو لم يسم المولى شيئاً بل زوجها مفوضه البضع فان دخل قبل العتق فالمهر المفروض أو مهر المثل للسيد، لوجوبه لها و هي فى ملكه، و إن دخل بعده أى العتق أو فرض المهر بعده و إن لم يدخل فان قلنا صدق المفوضه يجب بالعقد و إن لم يفرض لها، و إنما الفرض كاشف عن قدر الواجب فهو للسيد، و إن قلنا إنما يجب بالدخول أو بالفرض إن كان قبل الدخول فهو لها، لوجوبه حال الحرية، هذا كله فى مفوضه البضع، أما مفوضه المهر فهى هنا كمن سمي لها.

ثم إن ظاهر النص (١)

و الفتوى عدم الفرق فى خيارها بين كون النكاح دائماً أو منقطعاً، و هو كذلك إذ احتمال عدم الخيار لها فى المنقطع لكونه كالإجاره التى لا تنفسخ بالعتق واضح الضعف، نعم قد يناقش فى استقرار المهر أجمع لو كان الفسخ بعد الدخول بعدم وفائها بالمده، فيتجه التوزيع، و قد يدفع بمنافاه التوزيع للقواعد، و أقصى ما ثبت فيمن لم تف بما هو حق عليها لا فى مثل الفرض الذى كان لها الخيار بالشرع، و الله العالم.

و لو أعتقت فى العده الرجعيه فالظاهر أن لها الفسخ فى الحال، ضروره أولويته من فسخ النكاح المستقر، و فائدته حينئذ سقوط الرجعه و عدم الافتقار الى عده أخرى، لأنها اعتدت بالطلاق، و الفسخ لم يبطل العده، و لكن لا تكفيها عده الأمه بل تتم عده الحره، لصيرورتها كذلك، و لو اختارت المقام لم يصح، لحصول الطلاق

من الزوج، فإن لم يراجعها حينئذ في العده بانت، وإن راجعها فيها ففي القواعد كان لها خيار الفسخ، و لعله لفساد الاختيار في العده و انتفاء ما ينافى الفوريه، فإن الطلاق قاطع للنكاح، فتعد عده أخرى حينئذ عده حره لانقطاع الاولى بالرجوع المفروض، و إن سكتت قبل الرجعه لم يسقط خيارها بطريق أولى، فإن السكوت لا يدل على الرضا، و لو دل فلا يزيد على اختيار النكاح.

هذا و لكن قد يقال بمنع عدم تأثير اختيارها البقاء باعتبار وجود علقه النكاح التي هي صارت سببا لصحة الفسخ منها، بل لعل ذلك لازم لصحة اختيارها البقاء و إن كان هو لا يمضى على الزوج المفروض حصول سبب آخر منه لفسخ النكاح، نعم ثمرته عدم جواز الفسخ لها لو رجع بها، لكون الفرض اختيارها بقاء علقه العقد الأول.

و من ذلك يعلم حال السكوت بناء على دلالاته على الرضا بالبقاء، أو على منافاته الفوريه بعد ما عرفت من صحة اختيارها الفسخ و البقاء حال الطلاق و ترتب ما عرفت عليهما.

و لو كان الطلاق بائنا فأعتقت لم يكن محلا للفسخ و لا للبقاء، فلا خيار لها حينئذ، و كذا لو أعتقت و لم تفسخ لعدم علمه و نحوه مما لا- ينافى الفوريه، لكن في القواعد احتمال إيقافه أى الطلاق، فان اختارت الفسخ بطل و إلا وقع، و احتمال وقوعه، و كان منشأ الاحتمال الأول التنافي بين الطلاق و الفسخ، فان نفذ الطلاق بطل حقها من الفسخ، و لا يمكن القول ببطلانه، لوقوعه مستجمعا لشرائطه، فيقع موقوفا كما لو طلق في الرده، فإنه يوقف فان عاد إلى الإسلام تبين صحته و إلا تبين فساده.

و فيه ما لا- يخفى من أنه لا- وجه لوقوع الطلاق موقوفا بعد فرض استجماعه لشرائط الصحة من كامل صحيح العبارة مع بقاء الزوجيه، و عدم صلاحية الاختيار للمنع، لاتحاد مقتضاهما، و هو انفساخ النكاح، و الفرق بين العتق و الرده بظهور البيئونه حال الارتداد إن لم يعد بخلاف ما إذا أعتقت، فإنها لا تبين إلا بالفسخ.

و أضعف من ذلك ما عن المبسوط من احتمال بطلان الطلاق من رأس، فإنها غير معلومه الزوجيه، و عدم وقوع الطلاق موقوفا و قال: إنه اللائق بمذهبننا، إذ هو كما ترى، و إنما اللائق ما عرفت من نفوذ الطلاق و عدم مصادفه العتق محلا للاختيار كما هو واضح.

و لا- يفتقر فسخ الأيمه إلى الحاكم لإطلاق الأدله، فما عن الشافعيه من احتمال الافتقار في غايه الضعف، كما أن ما عن بعضهم من ثبوت الخيار لها لو أعتق بعضها كذلك، ضروره عدم الخيار لها حينئذ عندنا، للأصل و فهم عتق الكل من النص (١)

و الفتوى خصوصا من نحو

قوله عليه السلام (٢)

«هي أملك ببضعها»

نعم إن كملت بعق كلها اختارت حينئذ، ضروره كونها حينئذ كالأيمه المعتقه كلا من أول الأمر.

و لو لم تختتر حتى ينعق العبد على وجه لا ينافى الفوريه كان لها الخيار على المختار من عدم الفرق بين الحر و العبد في خيارها بلا- إشكال، بل يقوى على غيره أيضا كما عن المبسوط، لأنه ثبت سابقا حين كان عبدا فلا يسقط بالحرية كغيره من الحقوق على العبد أو غيره، فكما لا يسقط بعد الثبوت إلا بما يعلم إسقاطه لها فكذا الاختيار، و يحتمل السقوط لزوال الضرر، كالعيب إذا علم المشتري به بعد زواله، و لأن زوجها حين الاختيار حر لا ينفذ فيه الاختيار، و لأن الرقيه شرطه ابتداء فكذا استدامه، و فيه منع كون العبره بحين الاختيار، بل حين ثبوته، و منع الشرط استدامه.

و لو عتقت تحت من نصفه حر كان لها الخيار على المختار بلا إشكال، بل في القواعد لها ذلك أيضا على غيره، لعله لتحقق النقص برقيه البعض، و فيه أن الخيار على خلاف الأصل، فينبغي الاقتصار فيه على المتيقن، و هو غير المفروض.

و كيف كان ف الخيار على الفور اتفاقا على الظاهر كما في كشف اللثام، بل في الرياض حكاية الاتفاق عن طائفه، و هو إن تم الحججه، لا ما قيل من

١- ١ الوسائل الباب- ٥٢- من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٥٢- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١١.

الاقتصار على المتيقن المنافى لإطلاق الأدله، بل لعل فوريه الخيار على خلاف الأصل لمنع كونه من التخصيص بالأزمان، فأصالة بقاء الزوجيه و لزوم المناكحه منقطعه حينئذ بالعق المقتضى للخيار المستصحب بقاؤه، فيعكس الأصل حينئذ، و من تعليق الخيار على العتق بالفاء المفيده للتعقيب بلا مهله فى بعض الروايات العاميه (١).

التى هى غير حجه عندنا بعد فرض تسليم الدلاله على أنها معارضه بما

فى بعضها (٢) مما هو مقتضى للتراخى من «دوران معتب خلف بريره فى سلك المدينة باكيا يترضاها و جعل رسول الله صلى الله عليه و آله شفيعا فى ذلك، حتى قال لها رسول الله صلى الله عليه و آله، فقالت: يا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أ تأمرنى؟ فقال لها: لا بل إنما أنا شافع، فقالت: لا حاجه لى فيه»

و احتمال أن ذلك كله قد كان للعقد عليها جديدا مناف لظاهر ما

فى بعضها من أنه (٣)

«يدور خلفها يترضاها لتختاره»

و قد ظهر من ذلك أن العمده فى الفوريه الإجماع المزبور إن تم.

و من هنا اتجه بقاء خيارها لو أخرجت الفسخ للجهل بالعتق أو الخيار كما عن الأصحاب القطع به، بل لعله كذلك لو جهلت الفوريه، و إن ناقش فيه بعضهم، بل و فى صوره الجهل بالخيار بعد العلم بالعتق، و كذا لو نست أحدهما، ضروره عدم الإجماع فى هذا الحال، بل لعله محقق على العكس، و منافاه السقوط لحكمه مشروعيه الخيار و هى الإرفاق، مضافا إلى بقاء إطلاق الأدله فى هذه الأحوال، بل فى المسالك و الرياض قبول دعواها فى الجهل و النسيان يمينها مع الإمكان فى حقها، لأن ذلك لا يعرف إلا من قبلها، و أصالة الجهل مستصحبه، و هو جيد فى الجهل، أما فى النسيان فقد يناقش بأصالة عدمه، فهى مدعيه محضه، و عدم العلم بالنسيان إلا من قبلها لا يصيرها بحكم المنكر بعد أن لم يكن عنوانا للحكم، و إلا لاقتضى ذلك تقديم مدعى النسيان فى كثير من الموارد المعلوم كون الحكم بخلافها، فتأمل.

و لو أعتقته الصغيره أو المجنونه تخيرتا فورا عند البلوغ و الرشد بناء على عدم

١- ١ سنن البيهقى ج ٧ ص ٢٢١.

٢- ٢ سنن البيهقى ج ٧ ص ٢٢٢.

٣- ٣ سنن البيهقى ج ٧ ص ٢٢٢.

قيام الولي مقامهما في هذا الاختيار المبني على الشهوه و إن كان لا يخلو من مناقشه إن لم يكن إجماعاً، خصوصاً بعد مضي التزويج على المولوى عليها لو زوجها الولي بمملوك، و على كل حال فللزواج الوطاء قبل الكمال أو بعده قبل الفسخ، و إن كان لها الفسخ، لبقاء الزوجيه من غير مانع، كما هو واضح، و ليس الفسخ طلاقاً خصوصاً إذا كان منها، فإذا فسخت ثم تزوجها بعقد جديد كانت عنده على ثلاث طلاقات إن لم يطلقها قبله، و هو واضح، كوضوح عدم جواز المراجعه لها بعد أن تفسخ إلا بعقد جديد، ضروره انفساخ عقدها الأول بفسخها المفروض، فما عن ابن الجنيد- من أنها لو اختارت رجعت بعد أن اختارت مفارقتة كان ذلك لها ما لم تنكح زوجها غيره- واضح الفساد بعد معلوميه كون المراد من نحو الدليل فى المقام الخيار ابتداء كغيره من أفراد.

و لو أعتق العبد لم يكن له خيار و إن كان قد زوجته مولاه مكرها، للأصل بعد اختصاص الدليل بالأمه، و حرمة القياس خصوصاً مع الفرق بينها و بينه بأن الطلاق المستغنى به عن الخيار بيده دونها، خلافاً للإسكافى فأثبت له الخيار إذا أعتق و بقيت الزوجه أمه، و لابن حمزه حيث قال فيما حكى عنه: «إذا كانا لمالكين و أعتق أحدهما كان له الخيار دون سيد الآخر، و إن أعتقا معا كان للمرأة الخيار- ثم قال بعد ذلك- إن أعتق العبد سيده و لم يكرهه على النكاح لم يكن له الخيار، و إن أكرهه كان له ذلك» و لكن الجميع كما ترى و إن كان الأخير خيره الفاضل فى المختلف، معللاً له بأنه كالحره المكرهه، و هو واضح الفساد، ضروره الفرق بينهما بمشروعيه الإكراه فيه دونها، فلا-ريب فى أن المتجه عدم الخيار له مطلقاً بل و لا لمولاه و إن كان تحته أمته، لخروجه بالحريه عن ولايه السيد عليه.

و اولى من ذلك انه لا خيار لزوجته حره كانت أو أمه لأنها رضيتة عبداً فأحق أن ترضى به حراً، كما أوماً إليه

الصادق عليه السلام فى خبر على بن

حنظله (١)

«فى رجل زوج أم ولد له من عبد فأعتق العبد بعد ما دخل بها يكون لها الخيار؟ قال: لا قد تزوجته عبدا و رضيت به، فهو حين صار حرا أحق أن ترضى به»

و فى خبر أبى بصير (٢) عنه عليه السلام أيضا «فى العبد يتزوج الحره ثم يعتق فيصيب فقال:

لا- يرجم حتى يواقع الحره بعد ما ينعق، قلت: للحره عليه الخيار إذا أعتق، قال: لا قد رضيت به و هو مملوك، فهو على نكاحه الأول».

و لو زوج عبده أمته ثم أعتق الأمه أو أعتقها كان لها الخيار للإطلاق الذى لا فرق فيه بين اتحاد المولى و تعدده، نعم قد يشكل الخيار فيما لو أعتقا معا على مختار المصنف بعدم كون الزوج عبدا حين عتقها، لكون الفرض حرتهما دفعه، نعم هو متجه على المختار.

و كذا لو كانا لمالكين فأعتقا دفعه اللهم الا يكون الخيار عنده مطلقا إلا إذا كان الزوج حرا و هى أمه، فإنه يتجه حينئذ جزمه بالخيار هنا و إن اختار هناك التفصيل، فينحصر سقوط خيارها عنده بما إذا كان الزوج حرا و هى أمه ثم أعتقت و لو بان سبق عتقه عتقها، لكن لا يخفى عليك صعوبه مساعده الأدله على ذلك و الأمر سهل بعد ما عرفت من عدم الاشكال فيه و فى غيره على المختار، و الله العالم.

و لا خلاف فى أنه يجوز أن يجعل عتق الأمه صداقها، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى استفاضه النصوص (٣)

أو تواترها به و إن كان

الأصل فيه «أن النبي صلى الله عليه و آله (٤) اصطفى صفيه بنت حى بن أخطب من ولد هارون عليه السلام فى فتح خيبر ثم أعتقها و تزوجها و جعل عتقها مهرها بعد أن حاضت حيضه

حتى زعم مخالفونا أن ذلك من خواصه، لكن اتفقت النصوص (٥)

و الفتاوى على خلافهم، و كفى بذلك دليلا على الحكم، فلا وجه للإشكال فيه بعدم جواز نكاح المالك

١- ١ الوسائل الباب- ٥٤- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٥٤- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١١ و ١٢ و ١٤ و ١٥- من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

٤- ٤ البحار ج ٢٢ ص ٢٠٤ ط الحديث.

أمتة، و بعدم جواز جعل العتق مهرا، و لأنه لا بد من تحقق المهر قبل النكاح، و بلزوم الدور لتوقف النكاح على العتق و بالعكس، إذ هو من الاجتهاد فى مقابله النص على أنه يمكن دفع الجميع بأن العتق لما اقترن بالنكاح لم يتزوج أمتة، ضروره كون المسلم منعه عدم اجتماع التزويج و الملك، لا ما كان نحو المقام الذى يقتضى عموم الأدله و إطلاقها جوازه، و بمنع لزوم تحقق المهر قبل النكاح، بل يكفى فيه المقارنه أيضا، كما أن النكاح يتوقف على اقتران العتق به لا على سبقه له كى يلزم الدور، إلا أن الانصاف مع ذلك مخالفه المسأله للقواعد فى الجمله.

و إنما الكلام فى أنه يثبت عقده عليها بشرط تقديم لفظ العقد على العتق بأن يقول: تزوجتك و أعتقتك و جعلت عتقك مهر ك كما هو المشهور على ما حكاه غير واحد لأنه لو سبق بالعتق لكان لها الخيار فى القبول و الامتناع كما تضمنه

خبر على بن جعفر (١) عن أخيه موسى عليه السلام «سألته عن رجل قال لأمتة:

أعتقتك و جعلت عتقك مهر ك، قال: عتقت و هى بالخيار إن شاءت تزوجت و إن شاءت فلا، فإن تزوجته فليعطها شيئا، فإن قال: قد تزوجتك و جعلت مهر ك عتقك فان النكاح واقع لا يعطيها شيئا»

و خبر محمد بن آدم (٢) عن الرضا عليه السلام «فى الرجل يقول لجاريتته: قد أعتقتك و جعلت صداقك عتقك، قال: جاز العتق و الأمر إليها إن شاءت زوجته نفسها و إن شاءت لم تفعل، فان زوجته نفسها فأحب له أن يعطيها شيئا».

و ربما أوجب عنهما باحتمال ابتناء ما فيهما من عدم حصول النكاح بذلك على عدم ذكر صيغه التزويج، لا من حيث تقديم صيغه العتق عليها لو جاء بهما معا كما هو مفروض البحث، بل قد يشكل ما فيهما من نفوذ العتق بأنه مخالف لقصد المعتق المفروض إرادته النكاح بعتقه، فالمتجه حينئذ بطلانه أيضا كالتزويج، مضافا إلى مخالفتها لإطلاق

صحيح الحلبي (٣) عن الصادق عليه السلام «سألته عن الرجل يعتق

١-١ الوسائل الباب-١٢- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب-١٢- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٢.

٣-٣ الوسائل الباب-١١- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٣.

الأمة و يقول: مهر ك عتقك، قال: حسن»

و صحيح ابن مسلم (١) عن أبي جعفر عليه السلام «أيما رجل شاء أن يعتق جاريتيه و يجعل صداقها عتقها فعل»

و غيرهما، و خصوص

خبر عبيد بن زرار (٢)

«سمع أبا عبد الله عليه السلام يقول: إذا قال الرجل لامرأته:

أعتقك و أتزوجك و أجعل مهر ك عتقك فهو جائز»

و المصرح بالجواز (٣)

فيه بمعنى المضى و اللزوم فى المتقدم فى العتق على التزويج، على أن تقدم العتق لفظاً لا يقتضى ترتب أثره كى يلزم من تقدمه ثبوت الخيار لها حينئذ، ضروره كونه بعض الكلام الذى هو كالجمله الواحده الممنوع ترتب أثره قبل تمامه.

و من هنا قيل: و القائل الشهيدان و جماعه بل لعله المشهور بين من تأخر عنهما لا يشترط فى الصحه تقدم صيغه التزويج و لا صيغه العتق، بل يجوز كل منهما، لأن الكلام المتصل كالجمله الواحده، و هو حسن، و منه يعلم ضعف ما قيل من أنه يشترط فى الصحه تقديم العتق كما هو المحكى عن الشيخين و أبى الصلاح و غيرهم لأن بضع الأمة مباح لمالكها، فلا يستباح بالعقد مع تحقق الملك إذ قد عرفت أن الكلام المتصل كالجمله الواحده التى يترتب أثرها دفعه واحده عند التمام، و حينئذ يتحقق العتق و النكاح فى آن واحد من غير فرق فيه بين تقدم كل منهما و تأخر الآخر.

و الأول و إن كان أشهر إلا أن الثانى أقوى لما عرفت، لأن التحقيق فى كون المراد من إطلاق النص و الفتوى عتق الأمة صداقها أن العتق يكون بالإصداق على معنى أن الشارع قد شرع جعل الأمة نفسها صداقاً فى تزويجها، فتكون حينئذ مالكة نفسها، و ليست هى إلا الحره، فيكون طريقاً مخصوصاً للعتق غير العتق بإيجاد الصيغه الخاصه، ضروره أن ذلك بعد حصوله بسببه المعد له يقتضى كون الخيار بيدها إن شاءت تزوجت و إن شاءت لا تتزوج، كما صرح به فى الصحيح

١- ١ الوسائل الباب- ١١- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ٥.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١١- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١١- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ٦.

الأول (١) و خبر محمد بن آدم (٢)، و عزمه على جعل ذلك بعد حصوله صداقا لا يقتضى مشروعيتها، بل هو حينئذ كمن أبرأ ذمه امرأه بصيغته الإبراء ثم أراد أن يجعل ذلك صداقا لها، فإنه غير جائز قطعاً، بخلاف ما لو جعل ما فى ذمتها صداقا لها، فإنه يكون حينئذ الإبراء بالصداق نفسه، فكذا هنا، و استبعاد جعل الإنسان نفسه صداقا له فى غير محله بعد النص و الفتوى، و ما عساه يتوهم من ظاهر بعض النصوص (٣)

من جعل العتق نفسه صداقا إنما هو قبل إعطاء التأمل حقه، و إلا فالمراد الإعتاق بالإصداق و إن تقدم فى بعضها (٤)

ذكر العتق بلفظ يشبه الصيغته، لكن المعنى ما ذكرناه على نحو قوله للمرأة: «بمائه مثلاً أتزوجك» فيكون الحاصل من النصوص «أعتقك بأن أجعل العتق صداقك» و بذلك تجتمع جميع الأخبار، و يكون الخيار فى الصحيح (٥)

السابق و

الخبر الآخر (٦) لمكان إرادته العتق بالصيغته الموجه له، لا من حيث تقدم العتق، و لذا قال فيه «فان قال: قد تزوجتك و جعلت مهر ك عتقك فان النكاح واقع، فلا يعطيها شيئاً»

مع عدم ذكر صيغته للعتق.

و من الغريب روايته فى المسالك «فان النكاح باطل» إلى آخره، و جعله دليلاً على ما سمعته سابقاً من التأويل، مع أنا لم نجد ذلك فى شىء من كتب الأصول و الفروع، نعم فى كشف اللثام أنه

روى الحميرى فى قرب الإسناد عن عبد الله بن الحسن العلوى، عن جده عن على بن جعفر (٧) أول الخبرين كما سمعت، إلا أنه قال:

«فان قال: قد تزوجتك و جعلت عتقك مهر ك كان النكاح واجبا إلى أن يعطيها شيئاً»

قال: و المعنى أنه لما لم يأت بصيغته التحرير وقف النكاح إلى أن يأتى بها، فيقول بعد ذلك: «فأنت حره» و العبارة المتقدمة مروية فى التهذيب و الفقيه مبنيه على إتيان

١-١ الوسائل الباب-١٢- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب-١٢- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٢.

٣-٣ الوسائل الباب-١١- من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

٤-٤ الوسائل الباب-١١- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث-٦.

٥-٥ الوسائل الباب-١٢- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.

٦-٦ الوسائل الباب-١٢- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٢.

٧-٧ الوسائل الباب -١٢- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث ١، راجع التعليقه فى الوسائل على هذه الروايه.

المولى بصيغه التحرير» و هو مع أنه غير الروايه بلفظ «باطل»، لا يخفى ما فى التفسير المزبور من إرادته الواقف منه من الواجب و من إعطاء الشىء التللفظ بصيغه التحرير، و لعله حملة على خطأ الراوى و أن الصحيح ما فى التهذيب و الفقيه خصوصا بعد قوله فى السابق «يعطيها شيئا» لكونها حينئذ حره قبل التزويج، بخلاف الثانيه التى قد صار صداقها عتقها، فإنها لا تستحق حينئذ شيئا لحصول المهر لها كما هو واضح.

و بذلك ظهر لك قوه القول الثانى، ضروره أنه على ذلك لا فرق بين تقدم العتق الاصدقا و تأخره، لكونه حينئذ من توابع العقد، لا أنه إيقاع فى ضمن عقد أو بالعكس فان كلا منهما فى غايه المخالفه للقواعد بخلاف ما قلناه، فإنه ليس فيه إلا شرعيه الإعتاق بالطريق المزبور.

إلا أنه ربما اشتهر جعل العتق صداقا، و توهم منه إيقاع العتق بصيغته ثم جعله بعد ذلك صداقا نصوا عليه فى صحيح على (١)

السابق و خبر ابن آدم (٢)

على عدم إرادته ذلك و أنه تكون الامراه معه حره أمرها بيدها، بل لو صرح فيه باشتراط التزويج لعدم كون الإيقاع كالعقد فى لزوم الشرط، بل إما أن يكون الشرط فيه خاصه فاسدا أو هو و الإيقاع إلا ما دل عليه الدليل كاشتراط خدمه سنه، و

مضمهر سماعه (٣)

«سألته عن رجل له زوجه و سريه يبدو له أن يعتق سريته و يتزوجها، قال: إن شاء اشترط عليها أن عتقها صداقها، فان ذلك حلال، أو يشترط عليها إن شاء قسم لها و إن شاء لم يقسم، و إن شاء فضل عليها الحره، فإن رضيت بذلك فلا بأس»

يمكن حملة على إرادته الإعتاق الاصدقاى من الاشتراط فيه، لا أن المراد عتقها بالصيغه و اشتراط أن يكون ذلك صداقا لها و لو فى عقد التزويج الذى يوقعه بعد ذلك، و على كل حال فالتحقيق ما عرفت و إن كان لا يوافق بعض الفروع المذكوره فى بعض كتب الأصحاب كما ستعرف.

ثم إنه قد يقوى فى النظر عدم الحاجه فى هذا العقد إلى القبول اكتفاء بوقوع

-
- ١- ١ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.
 - ٢- ٢ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٢.
 - ٣- ٣ الوسائل الباب- ١٤- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.

ذلك من السيد الذى كان ينبغى وقوعه من الجارية عن القبول، فيكون فى الحقيقة موجبا قابلا، و ربما يؤيد ذلك خلو نصوص المقام عنه، بل ظاهرها خصوصا الصحيح السابق الوقوع بدونه، و التعليق على الرضا فى مضمرة سماعه لم يعلم رجوعه إلى ذلك بل ربما كان ظاهره الرجوع إلى الأخير، و إن كان هو أيضا مشكلا (١) لكنه يكون خارجا عما نحن فيه، على أن الظاهر إرادته من اعتبار القبول تأليف صورته العقد لا- أن المراد كون الأمر بيدها إن شاءت قبلت و إن شاءت لم تقبل، كما عساه يوهمه المضمرة، بل ربما أو همه أيضا بعض عبارات الأصحاب إذ ذلك مناف لكونها أمه قبولها إلى مولاهما، و إنما تكون حرة بعد تمام العقد كما هو واضح، فلا ريب فى عدم اعتبار القبول بالمعنى المزبور.

نعم هو محتمل بالمعنى الذى ذكرناه مراعاة صورته عقد التزويج، فتقبل حينئذ هى تنزيلا لما وقع من سيدها منزله الإيجاب منها أو يقبل سيدها عنها، و ربما كان خلو النصوص اتكالا على الظهور و المفروغية من اعتبار القبول فى عقد التزويج و إن وقع ممن له القبول كولى الصغيرين، و لا- ريب فى أنه أحوط و إن كان الأول أقوى، كقوله عدم اعتبار صيغته العتق ضمنا فيه، بل تكون حرة بالعباره المذكوره خصوصا على ما سمعته منا من التحقيق.

لكن فى القواعد الاشكال فيه من ذلك، و من أن العتق لا يقع إلا بلفظه الصريح فى الإعتاق، و لأصالة بقاء الملك و الاحتياط، و فى كشف اللثام هو الوجه، إلا- أنه لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه، بل يمكن ظهور النصوص فى خلافه، بل كاد يكون صريح بعضها.

و منه يعلم قوه ما سمعته من التحقيق المتقدم الذى منه أيضا يظهر لك النظر فيما فى القواعد من أنه لو جعل ذلك أى التزويج بجعل العتق صداقا فى أمه الغير فإن أنفذنا عتق المرتهن مع الإجازة فالأقرب هنا الصحة و إلا فلا، ضروره أنه على ما

ذكرناه يتجه الجواز حينئذ بناء على صحة الفصولى فى النكاح و فى جعل مال الغير مهرا، فان المفروض حينئذ يكون من ذلك، و لا إشكال فيه بعدم صحة الفصولى فى العتق إلا إذا قلنا بصحته من المرتهن بإجازه الراهن مع إمكان الفرق بينهما بأن للمرتهن حقا فى المال و سلطنته عليه فى الجملة بخلافه هنا، على أنه هنا فيه أمر زائد على ذلك، و هو جعل مال الغير مهرا، و قد عرفت فساده فيما تقدم، هذا كله من حيث العتق.

و أما من حيث النكاح فلا ريب فى ابتناؤه صحه و فسادا على صحه الفصولى و فساده، إذ فساد المهر لا يقتضى بفساده، كما هو واضح، و ربما كان فى المحكى فى جامع المقاصد عن الشارح الفاضل للقواعد إشاره فى الجملة إلى ما ذكرناه، فإنه بنى الحكم فى المهر هنا و هو العتق على مقدمتين: إحداهما عتق المرتهن و الأخرى أن المجعول عتقها مهرا هل المهر هو العتق ابتداء أو هو تمليكها لرقبتها و يتبعه العتق؟

كما لو تزوج جاريه غيره و جعل أبا سيدها المملوك مهرا لها، فإنه إذا أجاز السيد النكاح دخل أبوه فى ملكه فاعتق عليه، فان المقدمه الثانيه صريحه فيما قلناه.

لكن فى جامع المقاصد بعد أن حكى ذلك عنه قال: «و الذى يقتضيه صحيح النظر و صادق التأمل أن هذا ليس من مسألتنا فى شىء، لأن العتق فى هذا الفرض واقع بلفظ صريح و عبارته تخصه، و ليس من الأمور الحاصله بالتبعيه فى شىء، و مع ذلك فصريح اللفظ أن المهر حقيقه هو العتق، و التعبير بتمليك الجاريه رقبته من الأمور المجازيه كما حققناه، و قد أبطله الشيخ فى كلامه قبل، فكيف يجعل هذا مقدمه للحكم فى هذه المسأله؟ و لا يقال: إنه إنما بنى عليه على زعمهم و إن كان غير صحيح فى نفسه، لأننا نقول: قد بينا أنهم لا يريدون بذلك إلا المجازيه، فلا يعتد بهذا البناء».

و فيه أنه لا داعى إلى حمل ذلك منهم على المجازيه، لما عرفت من أولويته من جعل العتق بصيغته مهرا بل ما سمعته من النصوص (١).

الحاكمه بعود النصف رقا أو يسعى بقيمته لو طلقها قبل الدخول شاهده على ذلك، مضافا إلى ما سمعته و غيره مما يظهر بالتأمل

من الشواهد، نعم قد يشكل الفرض بجعل ملك الغير مهرا كما عرفته فيما تقدم، هذا كله فى الفضوليه بهذا الوجه.

أما قوله: «زوجت أمتى من زيد و جعلت عتقها صداقها» و قبل عنه الفضولى ثم أجاز زيد احتمال قويا الصحه و إن كان فيه أيضا إشكال جعل مال الغير مهرا، و لو قال: «زوجت زيدا أمتى و جعلت عتقها صداقها» فأجاز زيد فلا ريب فى الصحه بناء على ما ذكرناه و على صحه الفضولى.

بل و ما فى قوله فى القواعد أيضا: «الأقرب جواز جعل عتق بعض مملوكته مهرا، و يسرى العتق خاصه» ضروره كون المراد أنه كما جاز جعل الكل مهرا يجوز جعل البعض مهرا و إن جرى العتق حينئذ فى الجميع، لكن يسرى فيه من حيث كونه عتقا لا من حيث كونه مهرا، و تظهر الفائده فيما لو طلقها قبل الدخول، فان ربعها يرجع رقا أو تسعى فيه لو كان المجعول مهر النصف، و وجه السرايه إطلاق

قوله (١) صلى الله عليه و آله: «من أعتق شقصا من عبد سرى إليه العتق»

كما أن وجه عدم الجواز فى أصل المسأله الاقتصار على المتيقن.

هذا و لكن عن الشارح الفاضل أنه قال: «على قول من يقول: إن المهر هو تمليك الجاربه رقبته تملك نصف رقبته، و تعتق عليها و لا- سرايه هنا، بل تسعى فى قيمه نصفها» و فيه أنه قد يشكل حينئذ صحه التزويج بعدم جواز تزويج السيد أمته، و المفروض بقاء نصفها رقا حقيقه، و عتقه موقوف على السعى، و إنما يكون ذلك مع نفوذ العتق فى النصف، و إنما ينفذ مع صحه التزويج، و عليه يلزم صحه نكاح السيد أمته، و هو معلوم البطلان و إنما صححناه فى صورته كون عتق الجميع مهرا، لأن العتق و التزويج يقعان معا كما تقدم، نعم قد يقال بعموم دليل السرايه لنحو الفرض فيتجه حينئذ الصحه.

كما تتجه أيضا فى المبعوضه التى بعضها حر، فيتزوجها بجعل عتق ماله صداقا بناء على عدم الفرق بين الكل و البعض، نعم لا ريب فى اشتراط رضاها هنا، لحرية البعض.

و لو كانت مشتركة بينه وبين غيره فتزوجها و جعل عتق نصيبه مهرا لها ففى القواعد «الأقرب الصحة، و يسرى العتق، و لا اعتبار برضا الشريك، و كذا لا اعتبار برضاه لو جعل الجميع مهرا أو جعل نصيب الشريك خاصه» و كأنه بنى ذلك على السرايه قهرا و إن لم يؤد قيمه نصيب الشريك، أو على أن الأداء كاشف، فإنه حينئذ يكون صحيحا لانتقال نصيب الشريك إليه حينئذ بالسرايه، و صيرورتها بذلك كمملوكته التى جعل عتق بعضها مهرا، و لا يشكل ذلك بأن السرايه إنما تتحقق بعد تحقق العتق لنصيبه الموقوف على تمام العقد، لإمكان دفعه بأن الجميع يتحقق بأن واحد، و الترتب ذاتى لا زمانى، و بذلك بان عدم اعتبار رضا الشريك، بل و عدم اعتبار رضا المملوكة بناء على عدم اعتباره فى مملوكته على ما سمعته، ضروره كون ذلك منها، نعم يتجه توقف الصحة على اعتبار رضا الشريك بناء على عدم السرايه حتى يؤدى قيمه، لكون الجزء باقيا على ملك الغير، فلا ينفذ النكاح بدون إذنه أو إجازته، و احتمال إبقائه موقوفا على الأداء كما ترى، بناء على تأثير الأداء فى الحرية، لا على كونه كاشفا، ضروره تحقق الحرية بعد حصول عقد النكاح، كما هو واضح.

و مما عرفت ظهر لك عدم الفرق بين جعل عتق نصيبه مهرا أو جعل عتق الجميع مهرا أو عتق حصه الشريك خاصه، فى اشتراك الجميع بعدم اعتبار رضا الشريك الذى قد عرفت زوال شركته بالسرايه الحاصله بعتق نصيبه المقتضى ذلك لانتقال حصه الشريك إليه.

لكن الانصاف مع ذلك عدم خلو المسأله عن إشكال من حيث عدم اندراجها فى النص، خصوصا بناء على ما ذكرناه من كون الإعتاق بالإصداق، فإنه لا يتم معه صورته جعل الصداق حصه الشريك خاصه، فتأمل جيدا.

كما أنه لا يتم على ذلك أيضا ما لو أعتق جميع جاريته و جعل عتق بعضها مهرا أو بالعكس بأن جعل عتق الجميع بعض المهرا، كأن أمهرها معه ثوبا مثلا، فإنه لا- وجه مع فرض كون الإعتاق بالإصداق لعتق الكل و جعل البعض مهرا، نعم لا بأس بصوره العكس بأن يجعل الصداق عتقها و شيئا آخر، كما أنه لا بأس بإصداقها بعض

رقيتها بناء على السرايه بمثل ذلك، و الله العالم.

و كيف كان ف أم الولد لا تعتق إلا بعد وفاه مولاه ضروره عدم كون الاستيلاء عتقا و إن منع من بيعها، بل مطلق نقلها ما دام الولد حيا، نعم لو مات مولاه و الولد حي عتقت من نصيب ولدها اتفاقا إن وفي، لانتقالها كلا أو بعضا إليه بالإرث، فيعتق عليه كلها أو بعضها، و يسرى العتق في الباقي، فتقوم عليه من نصيبه.

و لو عجز النصيب عن الكل سعت هي في المختلف عند الأكثر و لا يلزم ولدها السعي فيه أو الفك من ماله غير الإرث، و قيل و القائل الشيخ في محكي النهايه يلزم الولد السعي إن كان قيمتها دينا على المولى و لم يخلف سواها إلا أن يموت قبل البلوغ، فتباع و يقضى بثمانها الدين، و في محكي الوسيله كذلك إن كان عليه دين في غير ثمنها، و لا ريب في أن الأول أشبه (١١) بأصول المذهب و قواعد، كما عرفته في الجمله في كتاب البيع، و تعرفه فيما يأتي إن شاء الله.

و لو مات ولدها و أبوه حي جاز بيعها و (١٢) غيره لأنها حينئذ عادت إلى محض الرق (١٣) الخالي من تشبث الحرية و (١٤) صارت كحالتها قبل الولاده، بل يجوز بيعها مع وجود ولدها في ثمن رقيتها إذا لم يكن لمولاه غيرها (١٥) كما عرفته مفصلا في كتاب البيع و (١٦) يأتي إنشاء الله له تتمه.

بل قيل (١٧) و القائل ابن حمزه يجوز بيعها بعد وفاته في ديونه و إن لم يكن ثمنها إذا كانت الديون محيطه بتركته، بحيث لا يفضل عن الدين شيء أصلا (١٨) لأنه لا نصيب للولد حينئذ، و هو مبني على عدم انتقال التركة إلى الورثه مع الدين، و هو ممنوع كما حققناه في محله، و ل

قول الصادق عليه السلام في خبر أبي بصير (١):

١- ١ أشار إليه في الوسائل في الباب -٦- من أبواب الاستيلاء الحديث ٤ من كتاب التدبير و المكاتبه و الاستيلاء. و ذكره في التهذيب ج ٨ ص ٢٤٠ الرقم ٨٦٥.

«و إن مات و عليه دين قومت على ابنها، فان كان ابنها صغيرا انتظر به حتى يكبر ثم يجبر على قيمتها»

و هو مع ضعفه سنداً و دلالته معارض بغيره مما عرفته و تعرفه ضروره كون المقام غير مقامه، و إنما ذكر المصنف ذلك كله مقدمه لقوله و لو كان ثمنها دينا فتزوجها المالك و جعل عتقها مهرها ثم أولدها و أفلس بثمنها و مات بيعت في الدين.

و هل يعود ولدها رقا؟ قيل و القائل الشيخ و ابنا الجنيد و البراج:

نعم هو رق للمولى الأول بل و امه كذلك أيضا لروايه هشام بن سالم (١) له صحيحا عن الصادق عليه السلام في موضع من التهذيب،

و في آخر عن أبي بصير (٢) عن الصادق عليه السلام قال: «سئل و أنا حاضر عن رجل باع من رجل جاريه بكرا إلى سنة فلما قبضها المشتري أعتقها من الغد و تزوجها، و جعل مهرها عتقها، ثم مات بعد ذلك بشهر، فقال أبو عبد الله عليه السلام: إن كان الذي اشتراها له مال أو عقده تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبته فان عتقه و نكاحه جائز، و إن لم يملك مالا أو عقده تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبته كان عتقه و نكاحه باطلا لأنه عتق مالا يملك، و أرى أنها رق لمولاها الأول، قيل له: و إن كانت عقلت من الذي أعتقها و تزوجها ما حال ما في بطنها؟ فقال: الذي في بطنها مع أمه كهيتها».

و لكن مع ذلك الأشبه بأصول المذهب و قواعده أنه لا يبطل العتق و لا النكاح، و لا يرجع الولد رقا وفاقا لابن إدريس و أكثر المتأخرين لتحقق الحريه فيهما و الحر لا- يعود رقا، و الخبر مطرح أو محمول على ما في القواعد من حمل عود الرق فيه على وقوع العتق في مرض الموت و الفرض عدم الثلث له، لاستغراق الدين، و إن كان فيه أن ذلك يفسد عتقها لا حريه الولد، إلا أن يحمل قوله عليه السلام: «كهيتها» على المساواه في الحريه، لكنه بعيد جدا من اللفظ و من انكشاف عدم الحريه.

١- ١ الوسائل الباب - ٢٥- من كتاب العتق الحديث ١.

٢- ٢ التهذيب ج ٨ ص ٢١٣ الرقم ٧٦٢.

أو على ما عن بعضهم من وقوع العتق مضاراً، فلا ينفذ لخلوه عن القربه حينئذ و إن كان فيه أيضاً أن ذلك لا يتم في الولد.

أو على ما عن آخر من كون البيع فاسداً و علم المشتري بذلك على وجه يكون زانياً، فإنه حينئذ يفسد العتق و النكاح، و يكون الولد رقاً، و إن أورد عليه في كشف اللثام بأنه لا وجه للثام إلا أن يقال: إنه حينئذ سفيه لا ينفذ عتقه و لا عقده، و في غيره بأنه لا وجه للتقسيم حينئذ في الخبر، قلت: يمكن أن يكون وجه الفساد اعتبار وجود المقابل في صحه الاستدانه و لو بطريق الشراء نسيئه كما ذهب إليه بعض الأفاضل من مشايخنا، أو اعتبار العزم على الأداء كما سمعته في كتاب القرض و غيره و لم يكن عازماً بقربنه مبادرته للإعتاق مع علمه بعدم شيء عنده، و لعل هذا و سابقه أولى من جميع ما ذكر في تأويله، بل يمكن إرادته القائل بالفساد ذلك. و منه يعلم ما في كشف اللثام من أن الأجود طرحه، لأن الخبر لضعفه و مخالفته الأصول لا يصلح للعمل، و كأنه تبع بذلك ثانی الشهيدین فی المسالك، فإنه طعن في صحتها باشتراك أبي بصير بين الثقة و غيره و باضطرابها، لأن الشيخ - ره - تاره رواها عن هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام من غير واسطه، و اخرى عن أبي بصير، فهي مضطربه الإسناد، فلا تكون حجه كما قرر في علم درايه الحديث، ثم قال: فإذا كانت الروايه هكذا حالها لم يصعب اطراحها في مقابله الأمور القطعيه التي تشهد لها الأصول الشرعيه، و قد يناقش بمنع اشتراك أبي بصير بين الثقة و غيره، بل كل منهما ثقه كما حر في محله، و لو سلم فالخبر صحيح أو موقوف، و كل منهما حجه، فالأولى تأويلها بما سمعت.

ثم لا يخفى أن اللائق بالعمل بالخبر المزبور الجمود على ما فيه من القيود المحتمل مدخليتها في الحكم المزبور، و لعل إطلاق الشيخ الثمن مع كونه في الروايه نسيئه للقطع عنده بعدم احتمال المدخليه، فضلاً عن احتمال مدخليه خصوص النسيئه، كالقطع بعدم اعتبار البكاره، بل لم يعتبر الشيخ الحمل، فلم يفرق بين موته و هي حامل أو بعد وضعها، مع احتمال الفرق بتبعيه الحمل للحامل في كثير من الأحكام أو مطلقاً عند قوم، اللهم إلا أن يقطع في خصوص المقام بذلك، ضروره عدم الفرق

فى حرته بين كونه حملا أو مولودا، نعم يتجه الفرق بين الأمه و العبد، فلو اشتراه نسيئه أو مطلقا و أعتقه لم يعد رقا، هذا كله مع العمل بالخبر المزبور، لا على ما ذكرناه من الوجه فى تأويله، أما عليه فلا فرق بين جميع ذلك كله، كما أنه لا إشكال فى شىء منه على من أطرخ الخبر المزبور، كما هو واضح، و الله العالم. كل ذلك فى العتق من الطوارى

[أما البيع]

إشاره

و أما البيع فإذا باع المالك الأمه المزوجه بعبد مملوك للبائع أو غيره أو لهما أو حر كلا أو بعضا من واحد أو متعدد كان ذلك كالطلاق بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى

خبر الحسن بن زياد (١)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جاريه يطأها فبلغه أن لها زوجا، قال: يطؤها، فإن بيعها طلاقها، و ذلك أنهما لا يقدران على شىء من أمرهما إذا بيعا»

و صحيح عبد الرحمن (٢)

«سأله عليه السلام عن الأمه تباع و لها زوج، فقال: صفقتها طلاقها»

و صحيح محمد بن مسلم (٣) عن أحدهما عليهما السلام «طلاق الأمه بيعها أو ربيع زوجها، و قال فى الرجل يزوج أمته رجلا حرا ثم يبيعها، قال: هو فراق ما بينهما إلا أن يشاء المشتري أن يدعهما»

و حسنه بريد و بكير عن الباقر و الصادق عليهما السلام (٤)

«من اشترى مملوكه لها زوج فان بيعها طلاقها، فان شاء المشتري فرق بينهما، و إن شاء على نكاحهما».

و منه يعلم إرادته أن المشتري بالخيار بين إمضاء العقد و فسخه من حمل الطلاق على البيع فيه و فى غيره، مضافا إلى

خبر الكنانى (٥) عن أبى عبد الله عليه السلام «إذا بيعت الأمه و لها زوج فالذى اشتراها بالخيار، إن شاء فرق بينهما، و إن شاء تركها معه، فان هو تركها معه فليس له أن يفرق بينهما بعد ما أمضى، قال: و إن بيع العبد فان شاء مولاه الذى اشتراه أن يصنع مثل ما صنع صاحب

- ٢-٢ الوسائل الباب-٤٧- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث ٣.
- ٣-٣ الوسائل الباب-٤٧- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث ١.
- ٤-٤ الوسائل الباب-٤٧- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث ٤ «و إن شاء تركهما على نكاحهما».
- ٥-٥ الوسائل الباب-٤٨- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث ١.

الجارية فذلك له، و إن هو سلم فليس له أن يفرق بينهما بعد ما سلم»

لا- أنه طلاق حقيقة، بل و لا أنه في حكم الطلاق من حرمة المواقعه و غيرها قبل أن يفسخ المشتري إلا أن يشاء المشتري إبقاء العقد و إن كان هو أقرب إلى الحمل و التشبيه، بل هو ظاهر خبر ابن زياد و صحيح ابن مسلم، فيكون شبه الفصولى قبل الإجازة بمعنى احتياج الصحة فيه إلى إنشاء الرضا دون الفساد، فإنه يكفى فيه عدم إنشاء الرضا أو شبه الطلاق الرجعى المتوقع تحقق الرجعه فيه على إنشائها، دون مضى الطلاق الذى يكفى فيه عدم إنشاء ما يقتضى الرجوع، بل لعله لا ينافى ذلك الخبران بعد أن كان التفريق يكفى فيه عدم إرادته إبقاء العقد، فتجتمع حينئذ جميع النصوص على معنى واحد، خصوصا بعد تعذر العمل على ظاهرى خبرى التخيير المقتضى توقف إمضاء العقد على إرادته إمضائه المخالف لمقتضى الخيار، ضروره كون المحتاج فيه إلى الإنشاء الفسخ خاصه دون الإمضاء الذى يكفى فيه العقد الأول، كما فى سائر أفراد الخيار لكن الإجماع ظاهرا على كون المراد بذلك الخيار منع منه، فان تم كان هو الحجه و حينئذ فالنكاح باق إلا أن يفسخ كغيره من أفراد النكاح ذى الخيار و إلا كان الأقوى ما عرفت.

و على كل حال فما

فى الخبر البصرى (١) عن أبى عبد الله عليه السلام «فى الرجل يبتاع الجارية و لها زوج حر، قال: لا يحل لأحد يمسها حتى يطلقها زوجها الحر»

قاصر عن معارضه ما عرفت من وجوه، فيجب حمله على صورته إقرار المشتري الزوج على عقده أو تخصيصه باختيار المشتري الفسخ أو غير ذلك، لقوه تلك الأدله المؤيده بتضرر المالك بالتزامه ببقاء النكاح الذى من المحتمل اعتبار استدامه الملك فى مضيه.

و من ذلك و ما هو كالتعليل فى خبر زياد (٢)

يعلم عدم الفرق فى الحكم المزبور بين البيع و غيره من الناقل الاختيارى، بل و القهرى كالإرث، ضروره كون المنشأ فى ذلك تجدد المالك، بل لأنه يحتمل ثبوته للبائع لو عاد إليه و لو بفسخ أو إقاله.

١- ١ الوسائل الباب- ٤٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٧.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٤٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٢ خبر ابن زياد.

و لو أوقف العبد المتزوج مثلاً على الفقراء أو على جهة عامه و قلنا بانتقال العين الموقوفه كذلك لله أو للفقراء احتمال أن الخيار بيد الحاكم، و كذا لو دفعه إلى الحاكم خمسا للساده أو زكاه للفقراء، و يحتمل العدم اقتصارا فيما خالف الأصل على المتيقن، و لعل الأول لا- يخلو من قوه، و لو دفعه الحاكم إلى خصوص فقير احتمال أيضا كون الخيار له، لتجدد ملك للشخص غير ملك الجنس، فيثبت الخيار حينئذ له و إن كان قد أمضاه الحاكم من قبل، فتأمل جيدا.

ثم لا- فرق في ذلك بين أفراد النكاح، لأن ثبوته في الأقوى يقتضى ثبوته في الأضعف بالطريق الأولى، و التشبيه بالطلاق لا يقتضى اختصاصه فيما يقبله، بل الظاهر عدم ثبوت الخيار في التحليل منه، لانقطاع الاذن بانتقال الملك، فيحتاج حينئذ إلى عقد جديد، نعم لو كان منقطعا ففسخ المشتري قبل مضي المده احتمال رجوع الزوج على البائع بما قابل المده من المهر، و فيه إشكال يعرف مما قد مناه سابقا، بل و في الفسخ قبل الدخول فضلا عن ذلك.

و كيف كان ف خياره على الفور و حينئذ فإذا علم و لم يفسخ لزم العقد بلا خلاف في الظاهر كما اعترف به في الرياض، بل فيه أن ظاهرهم الإجماع عليه، لخبر الكنانى (١)

مؤيدا بما دل من النصوص (٢)

على أن سكوت الموالى بعد بلوغهم تزويج عبيدهم إجازة، و بقاعده الاقتصار على المتيقن، و اندفاع الضرر معها، و دلالة التأخير على الرضا، لكن الجميع كما ترى غير صالح لقطع الاستصحاب و تقييد الإطلاق، و المراد بتركها معه في خبر الكنانى إن شاء الإبقاء الذى يؤول إلى إسقاط حق الفسخ و هو غير ما نحن فيه، نعم إن تم الإجماع كان هو الحجة و إلا كان للنظر فيه مجال، و من هنا اتجه بقاء الخيار مع الجهل به، كما صرح به عن غير واحد، بل في الرياض نفى الخلاف عنه، بل لا يبعد إلحاق الجهل

١-١ الوسائل الباب- ٤٨- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب- ٢٦- من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

بالفوريه به أيضا وفاقا لبعضهم، للأصل و الإطلاق السالمين عن معارضه الإجماع هنا قطعاً.

و كذا حكم العبد إذا كان تحت أمه و بيع فان مشتره بالخيار أيضا على حسب ما سمعته في الأمه بلا خلاف أجده، لصحيح ابن مسلم (١)

و خبر الكنانى (٢)

المتقدمين، و التعليل في خبر ابن زياد (٣)

المؤيده بما سمعته.

و أما لو كان تحت حره فبيع فالمشهور أيضا أنه كان للمشتري الخيار في نكاحه، لخبر الكنانى (٤)

و التعليل (٥)

المؤيدين بقاعده تسلط المالك على ملكه في ابتداء النكاح، فكذا استدامته، خلافا لابن إدريس و جماعه كما قيل، بل في محكى السرائر أن الشيخ أورد ذلك في النهايه إيرادا لا اعتقادا، و قد رجع عنه في مبسوطه فقال: «و إن كان للعبد زوجه فباعه مولاه فالنكاح باق بالإجماع، للأصل و اختصاص المثبت للحكم بغيره مع حرمة القياس» بل ظاهر قول المصنف هنا على روايه فيها ضعف سندا و دلالة الميل إليه مشيرا بذلك إلى

خبر محمد بن على (٦) عن أبى الحسن عليه السلام «إذا تزوج المملوك حره فللمولى أن يفرق بينهما، فإن زوجه المولى حره فله أن يفرق بينهما»

إذ ليس له التفريق إلا بالبيع المعرض له، و إن كان لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما قلناه من أنا في غنيه عن هذا الخبر بما سمعت، على أن ضعف السند ينجر بالشهره، بل و الدلاله التى لا يقدر فيها عدم جواز التفريق له بغير البيع، ضروره أن أقصى ذلك خروج مثل هذا الفرد من الإطلاق و معقد إجماع المبسوط بقاء النكاح الذى لا ينافى ثبوت الخيار، و لكن مع ذلك كله

-
- ١- ١ الوسائل الباب- ٤٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.
 - ١- ٢ الوسائل الباب- ٤٨- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.
 - ٢- ٣ الوسائل الباب- ٤٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٢.
 - ١- ٤ الوسائل الباب- ٤٨- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.
 - ٢- ٥ الوسائل الباب- ٤٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٢.
 - ٤- ٦ الوسائل الباب- ٤٤- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٤.

فالإحتياط لا ينبغى تركه.

و لو كانا أى العبد و الأمه لمالك متحد فباعهما لاثنين دفعه أو ترتيبا على جهه الشركه بينهما أو اختصاص كل واحد بواحد كان الخيار لكل واحد من المتباعين و كذا لو اشترهما واحد بلا خلاف و لا إشكال لإطلاق الأدله و كذا لو باع أحدهما كان الخيار للمشتري أيضا لذلك و للبائع عند المصنف و جماعه استصحابا لحاله السابق قبل البيع، و لإطلاق النصوص (١).

كون البيع طلاقا، و لاشترائه مع المشتري فى المعنى المقتضى لجواز الفسخ، و هو التضرر بمضى تزويج مملوكه لغير مملوكه و حينئذ لا يثبت عقدهما إلا برضا المتباعين ضروره عدم الاكتفاء بأحدهما بعد أن كان الخيار لكل منهما، لتقدم الفاسخ على غيره كما فى كل خيار مشترك و لو أمضيا و حصل بينهما أولاد كانوا لموالى الأبوين كالممتا كحين ابتداء باذن من مولييهما الذى قد عرفته فيما تقدم، و عرفت ضعف الخلاف فيه و هو الإلحاق بالأم.

إنما الكلام فى ثبوت الخيار للبائع، و تفصيل البحث فيه أنه لا إشكال فى عدم ثبوت الخيار له إذا لم يكن مالكا إلا من باعه، ضروره انقطاع سلطنته حينئذ، و ما عساه يظهر من ثانى الشهيدين فى الروضه و فى أول البحث من المسالك أن ثبوت الخيار له حينئذ اشتباه قطعاً، أما إذا كان مالكا للآخر فقد عرفت تصريح المصنف و غيره بثبوت الخيار له لما عرفت، لكن ظاهرهم اختصاصه بذلك، فلا يثبت الخيار لمالك العبد مثلا غير البائع ببيع الأمه منه خلافا للشيخ و ابن حمزه و الفاضل و غيرهم فإنه يثبت الخيار له عندهم، و لعل وجهه جريان الاستصحاب فيه دون غيره، و دعوى ظهور انسياق البائع من

قوله عليه السلام (٢): «طلاق الأمه بيعها»

فى نحو الفرض دون المالك الآخر الذى يقتضى الأصل لزوم العقد بالنسبه إليه.

فيتحصل حينئذ فى المسأله أقوال ثلاثه: (أحدها) عدم الخيار لغير المشتري مطلقا كما

١- ١ الوسائل الباب- ٤٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٤٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث- ١.

هو خيريه ابن إدريس للأصل و ظهور النصوص (١)

فى إرادته عن نحو

قوله عليه السلام (٢):

«طلاق الأمه بيعها»

بقرينه تفريع ذلك عليه فى بعضها، و ظهور الفرق فى بطلان القياس عليه بأنه لم يحصل منه رضا بالنكاح أصلا بخلاف المالك الأول.

(ثانيها) ثبوته لمالك الأخر الذى لم يبع سواء كان هو البائع أو غيره، لاختلاف الأغراض فى نكاح المماليك بالنسبه إلى المالكين، و لإطلاق نحو

قوله عليه السلام (٣):

«بيع الأمه طلاقها».

(ثالثها) التفصيل بين البائع و غيره، فيثبت الخيار له دون غيره، للفرق بينهما بالاستصحاب فيه و عدمه فى غيره، لكنه كما ترى هو أضعفها، ضروره أن التخيير الذى كان له إنما هو من حيث كونه مولى لهما، و الفرض زواله بالبيع، فلا وجه لاستصحابه، على أن محل البحث فى التخيير الحاصل بسبب البيع، و غير الاستصحاب مما ذكرناه دليلا لذلك لا يخص البائع.

و بذلك ظهر لك أن المتجه أحد القولين دون التفصيل، و الأقوى اختصاص الخيار بالمشتري، للأصل السالم عن معارضه النصوص، أما على ما قلنا- من كون المراد من «بيع الأمه طلاقها» حصول حكم الطلاق بمجرد البيع من غير فرق بين كون الزوج مثلا ملكا للبائع أو لغيره إلا أن شاء المشتري إبقاء نكاحهما، لصيرورته استدامه النكاح بالنسبه إليه كالنكاح الفضولى ابتداء، أو صيروره البيع بالنسيئه كالطلاق الرجعى و أن أمر الرجعه إليه- فواضح، إذ ليس فى شىء من النصوص اعتبار رضا مولى الأخر سواء كان هو البائع أو غيره، و أما على إرادته الخيار منه فلا ريب فى كونه غير الظاهر منه، لكن للقرينه- و هى

قوله عليه السلام (٤): «فإن شاء المشتري»

إلى آخره و

قوله عليه السلام (٥): «إلا أن يشاء المشتري»

إلى آخره- حمل على ذلك، و لا ريب

- ١-١ الوسائل الباب-٤٧- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء.
- ٢-٢ الوسائل الباب-٤٧- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث- ١.
- ٣-٣ الوسائل الباب-٤٧- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث ٢-٤-٩.
- ٤-٤ الوسائل الباب-٤٧- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث ٤.
- ٥-٥ الوسائل الباب-٤٧- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث ١.

فى اقتضاؤها خصوص المشتري دون غيره، و دعوى أن التفريع لا يقتضى التخصيص يدفعها عدم المقتضى للتعميم، ضروره كونه خلاف الظاهر على أنه غير تام فى

قوله عليه السلام «هو فراق ما بينهما إلا أن يشاء المشتري»

كدعوى كون المراد و لو بالقرينه تنزل العقد بالنسبه إلى كل من له تعلق به، فيعم المشتري و مولى الآخر، بل و الباع و إن لم يكن مولى كما سمعته من ظاهر عباره الروضه، ضروره عدم الشاهد عليها.

و القرينه لا تصلح لغير ما عرفت، فتبقى حينئذ أصاله اللزوم سالمه عن المعارض، و يختص الخيار بالمشتري، و دعوى الاشتراك فى العله من القياس الممنوع، و الله العالم.

[مسائل ثلاث]

[المسألة الأولى إذا زوج أمته ملك المهر لثبوته فى ملكه]

مسائل ثلاث:

الأولى:

إذا زوج أمته ملك المهر بلا خلاف و لا إشكال لثبوته فى ملكه باعتبار كونه عوضاً للبضع المملوك له فان باعها قبل الدخول و قلنا إن البيع نفسه بحكم الفسخ أو فسخ المشتري بخياره سقط المهر، لانفساخ العقد الذى ثبت المهر باعتباره من غير قبل الزوج، لا نصفه إن قبضه كما عن المبسوط، ضروره عدم كونه طلاقاً و لا فسخاً من قبل الزوج ملحقاً به لو قلنا بحجيه القياس، و إطلاق النصوص (١).

كون البيع طلاقاً يراد منه ما عرفت، لا أن المراد لحوق حكم الطلاق على وجه يشمل ذلك قطعاً.

نعم قد يتخيل ثبوته أجمع لسيد الأول، لملكه له بالعقد، فالاستصحاب يقتضى ثبوته له بعد فرض عدم الدليل على ثبوت حكم البيع من المعاوضات هنا باعتبار عدم التقابض، خصوصاً بعد أن كان الصحيح ثبوت المهر بالموت، لكن فيه أن الإجماع

ظاهراً على أن الفسخ منها أو مما فى حكمها قبل الدخول مسقط للمهر، و فى النصوص ما يدل (١)

عليه، بل ربما كان فى قوله تعالى (٢) «وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى آخِرِهِ، نَوْعُ إِشْعَارٍ بِهِ فِى الْجَمَلِ، بَلْ قَدْ عَرَفْتَ فِيمَا مَضَى أَنْ مَقْتَضَى انْفِسَاخِ الْعَقْدِ رَدُّ كُلِّ عَوْضٍ إِلَى صَاحِبِهِ، وَ الْمَوْتُ لَا انْفِسَاخَ فِيهِ، وَ الْفَرْضُ هُنَا أَنَّهُ فُسْخٌ بِالْخِيَارِ الَّذِى جَعَلَهُ الشَّارِعُ لَهُ، وَ لَا يَرُدُّ عَلَى ذَلِكَ الْفُسْخُ بَعْدَ الدَّخُولِ، ضَرُورَةٌ حَصُولِ الْعَوْضِ لِمَنْ لَهُ فِيهِ بِاسْتِيفَائِهِ وَ لَوْ مَرَّةً، نَعَمْ لَوْ فَضِرْ هُنَا كَوْنُ الْعَقْدِ مَنْقَطَعًا وَ قَدْ مَضَتْ مَدَّةُ وَ كَانَ عَدَمُ الدَّخُولِ مِنْهُ لَا مِنْهَا تَوَجُّهُ اسْتِقْرَارِ مَلِكِ السَّيِّدِ لِمَا قَابَلَ الْمَدَّةَ مِنَ الْمَهْرِ، هَذَا كُلُّهُ فِيمَا إِذَا فُسِخَ الْمَشْتَرَى.

فان أجاز أى المشتري كان المهر له عند ابن إدريس - ره- و من تأخر عنه لأن إجازته كالعقد المستأنف المقتضى ملك المهر لمالك البضع، و فيه أنه لا يتم على ما ذكره من الخيار الذى معناه أن له فسخ العقد، فمع فرض عدمه يكون العقد السابق تاماً فى الاقتضاء على حسب ما وقع، و الفرض أنه كان مقتضياً لملك السيد الأول المهر، و دعوى أنه بعدم فسخه ينتقل ملك المهر من السيد الأول إلى السيد الثانى من الغرائب التى لا توافق شيئاً من الأدله، بل الأدله أجمع على خلافها، و من هنا لو أعتقت الأمه المزوجه قبل الدخول و لم تفسخ كان المهر للسيد بلا إشكال و لا خلاف.

و دعوى الفرق بين المقامين - بعدم اقتضاء العتق نقل المنافع، لكونه فك ملك، فىكون التزويج فيه حينئذ كاستثناء المنفعة له التى يتبعها بقاء عوضها له أيضاً، بخلاف البيع الذى يقتضى نقل المنفعة للمشتري المقتضى انتقال عوضها إليه دون البائع - كما ترى لا - محصل لها، ضروره أنه إن كان التزويج السابق شبيهاً باستثناء المنفعة فليكن ذلك فيهما و إلا فلا، فإن المنفعة تابعه للعين، من غير فرق بين الحريه و الملكيه و إن كانت فى الأول تكون للمحرر و فى الثانى تكون للمالك،

١- ١ الوسائل الباب - ١١ - من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.

٢- ٢ سورة النساء: ٤- الآيه ٢١.

فلا-ريب فى أن المتجه فى مفروض البحث كون المهر ملكا للسيد الأول كما اقتضاه العقد أولا، بل لا يبعد ذلك فى العقد الموجب لمهر المثل أيضا بخلاف ما يوجبه الدخول فيه لفساد العقد، فإنه للثانى، لكون الموجب له قد وقع فى ملكه دون الأول.

و بالجمله كل ما كان من مقتضى العقد فهو للأول مع فرض عدم الفسخ، و كل ما يوجبه الدخول فهو للثانى لما سمعت، على أنه لا إجازة هنا حقيقة بناء على ما ذكره من الخيار، بل أقصاه عدم فسخ، و العقد تام فى الاقتضاء، نعم لو قلنا:

إن البيع بحكم الفسخ و إن استدامه العقد كالعقد فضولا على المالك الجديد فأجازة اتجه حينئذ ملكه للمهر دون السيد الأول لكون العقد حينئذ على ملكه بعد انفساخ العقد بالنسبة إلى الأول و سقوط استحقاقه للمهر لكونه قبل الدخول و من قبله لا من قبل الزوج بناء على اقتضائه ذلك، فتكون الاستدامه حينئذ كالعقد الجديد (١) و بذلك يظهر لك الحال فى المنقطع أيضا، فإنه كالدائم بالنسبة إلى ذلك، كما هو واضح.

و لو باعها بعد الدخول الموجب لاستقرار المهر كان المهر للأول، سواء أجاز الثانى أو فسخ، لاستقراره و هى فى ملك الأول و دعوى - أن يبعه لها متلف للبضع على الزوج أو معرض للتلف فيضمن له مهر المثل - واضحة الفساد بعد أن عرفت فيما تقدم أن البضع ليس من الأموال التى تضمن بأمثال ذلك مما هو جائز شرعا إيقاعه، نعم ربما أشكل بعض الناس ذلك فى المنقطع بأن الفسخ فيه و إن كان بعد الدخول يقتضى توزيع المهر على المده، فلا يتوجه استحقاق السيد المهر أجمع فيه، و قد يدفع باحتمال إرادته الأصحاب خصوص الدائم هنا، و بإمكان منع اقتضاء ذلك فى المنقطع أيضا، بل المهر فيه كالمهر فى الدائم، و إنما شابهه الإجاره فى خصوص تخلف المرأة فى المده مع استحقاقها عليها، و المقام ليس من ذلك قطعا (منه رحمه الله)

١ - ١ فهو حينئذ شبه اجاره الموقوف مدته قد انتقل الموقوف فى أثنائها إلى البطن الآخر فأجاز الإجاره، فإن الأجره حينئذ فيما قابل المده الباقية تكون لهم لا للمؤجر الأول.

كما تكرر ذلك منا غير مره، فتأمل، والله العالم.

و كيف كان فالتحقيق فى أصل المسأله ما سمعته و إن كان فيها أقوال مختلفه، و لكن المحصل للمحصل ما ذكرناه.

(منها) ما فى النهايه «إذا زوج الرجل أمته من غيره و سمي لها مهرا معيناً و قدم الرجل من جملة المهر شيئاً معيناً ثم باع الرجل الجارية لم يكن له المطالبه بباقي المهر، و لا لمن يشتريها إلا أن يرضى بالعقد» و نحوه عن ابن البراج، و هو مع عدم صراحته فى المخالفه لا يوافق شيئاً من الأدله حتى

خبر أبى بصير (١) الفاقد شرائط الحجيه عن أحدهما عليه السلام «فى رجل زوج مملوكته من رجل على أربعمائه درهم، فعجل لها مأتى درهم ثم آخر عنه مأتى درهم، فدخل بها زوجها، ثم إن سيدها باعها بعد من رجل، لمن يكون المائتان المؤخره عنه؟

فقال: إن لم يكن أوفاهما بقيه المهر حتى باعها فلا شىء عليه له و لا لغيره»

الذى حملة فى المختلف على إرادته الخلوه من الدخول لا الإيلاج، و

قوله عليه السلام «إن لم يكن»

إلى آخره، معناه إن لم يكن فعل الدخول الذى باعتباره يجب أن يوفيه المهر ثم باعها لم يكن له شىء فى الفسخ بالبيع من قبله قبل الدخول و لا لغيره إذا لم يجز العقد.

(و منها) ما فى محكى المبسوط المضطرب، فإنه تاره حكم بأن البائع إن قبض المهر لم يكن للمشتري شىء، لأنه لا يكون مهراً فى عقد، و إن لم يقبض استحققه كاملاً إن دخل بعد الشراء أو نصفاً إن لم يدخل، و اخرى بأنه إن دخل بعد الشراء كان نصف المهر له بالدخول و النصف الآخر للبائع بالعقد، من غير فرق بين أن يكون البائع قبضه أولاً، و اخرى بأن البائع إن قبض بعض المهر لم يكن له المطالبه بالباقي فإن أجاز المشتري طالب به، و اخرى بأن البائع إن قبض المهر

١-١ الوسائل الباب-٨٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١ مع الاختلاف و النص موافق للفقيه ج ٣ ص ٢٨٨ الرقم

استرده الزوج من غير تفصيل، و كأنه لحظ في بعض ما ذكره الخبر المزبور (١) الذي قد عرفت فقده شرائط الحجية، فلا محيص حينئذ عما ذكرناه، والله هو العالم.

[المسألة الثانية لو زوج عبده بحره ثم باعه قبل الدخول قيل كان للمشتري الفسخ]

المسألة الثانية:

لو زوج عبده بحره ثم باعه بعد الدخول استقر المهر على السيد، لما سمعته سابقا من كون مهر العبد على مولاه و إن فسخته المشتري.

و إن باعه قبل الدخول قيل: كان للمشتري الفسخ أيضا، و هو الأقوى كما عرفته فيما سبق، خلافا لابن إدريس، فلم يثبت الخيار لمشتري العبد إذا كانت زوجته حرة، و قد عرفت ضعفه فيما سبق. و حينئذ فإذا فسخ المشتري كان على المولى نصف المهر عند المشهور إلحاقا لمثل هذا الفسخ قبل الدخول بالطلاق، و ل

خبر على بن حمزه (٢) المنجبر ضعفه بالشهره عن الكاظم عليه السلام «في رجل زوج مملوكا له امرأه حرة على مائة درهم ثم إنه باعه قبل أن يدخل عليها، فقال: يعطيها سيده من ثمن نصف ما فرض لها، إنما هو بمنزله دين استدانه بأمر سيده»

و منه يعلم وجوب المهر كملا عليه إذا لم يفسخ المشتري إلا إذا قلنا:

إن البيع نفسه فسخ بالنسبه إليه، فيجب حينئذ النصف الآخر على السيد الثاني مع الإجازة، كما كان المهر كله له في الأمه عندهم.

و من الأصحاب و هو ابن إدريس من أنكر الأمرين أى الخيار للمشتري فى نكاح العبد الحرة كما تقدم، و تنصيف المهر بالفسخ على تقديره أيضا لاختصاص الدليل بالطلاق و حرمة القياس، فالمهر كملا واجب على السيد.

قيل: و هو متجه على أصله من عدم العمل بمثل الخبر المزبور، و فيه أن المتجه

١- ١ الوسائل الباب- ٨٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٨٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١ عن على بن أبى حمزه.

حينئذ مع قطع النظر عن الخبر سقوط المهر أصلاً، لما عرفته سابقاً من مقتضى الفسخ في الخيار المشروع له رد كل عوض إلى صاحبه اللهم إلا أن يكون النكاح على غير قياس المعاوضات، والله العالم.

[المسألة الثالثة لو باع أمته و ادعى بعد ذلك أن حملها منه و أنكر المشتري لم يقبل قوله في إفساد البيع]

المسألة الثالثة:

لو باع أمته و ادعى بعد ذلك أن حملها منه على وجه يحتمل الصحة و أنكر المشتري لم يقبل قوله في إفساد البيع المخالف للأصل، و لا يجديه إقرارها، لأنه في حق الغير، نعم إن ادعى علمه كان له إحلافه. و يقبل في التحاق الولد عندنا كما عن الخلاف و السرائر، سواء كان داخلاً في ملك المشتري بالتبعية أو الشرط أو غير داخل لأنه على كل حال إقرار لا يتضرر به الغير فيكون ولداً في حقه مملوكاً للمشتري، و لا منع في قبول أحد جزئي الدعوى دون الآخر، فيحكم بكون الولد ولده في حقه، و هو و امه مملوكان للمشتري، و دعوى إمكان الضرر على المشتري بشرائه قهراً لو مات أبوه عن غير وارث يدفعها منع إجباره على ذلك، لعدم ثبوت كونه ولداً في حق المشتري، نعم إن باعه اختياراً جاز شراؤه من التركة و إعتاقه و إن انتقل إليه انعتق عليه أخذاً بإقراره، هذا.

و حينئذ فقول المصنف فيه تردد واضح الضعف، ضروره عدم وجه يعتد به للتردد بعدم حصول الضرر على الوجه المذكور و عدم البأس في قبول أحد جزئي الدعوى دون الآخر، لعدم التنافي في الأحكام الظاهرية، و نظائره في الفقه كثيره، كما هو واضح، و الله العالم.

[أما الطلاق]

و أما الطلاق فإذا تزوج العبد باذن مولاه ابتداء أو استدامه حره أو أمه لغيره لم يكن له إجباره على الطلاق و لا- منعه على المشهور بين الأصحاب

للنبوى (١)

«الطلاق بيد من أخذ بالساق»

وخبير ليث المرادى (٢)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العبد هل يجوز طلاقه؟ فقال إن كان أمتك فلا، إن الله عز و جل يقول (٣) عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ، و إن كان من قوم آخرين أو حره جاز طلاقه»

و الكنانى (٤) عنه عليه السلام أيضا «إذا كان العبد و امرأته لرجل واحد فالمولى يأخذها إذا شاء، و إذا شاء ردها، و قال: لا يجوز طلاق العبد إذا كان هو و امرأته لرجل واحد إلا أن يكون العبد لرجل و المرأة لرجل و تزوجها باذن مولاه و إذن مولاها، فان طلق و هو بهذه المنزله فإن طلاقه جائز»

و خبر عبد الله بن سنان (٥) عنه عليه السلام أيضا «سألته عن رجل تزوج غلامه جاريه حره فقال: الطلاق بيده، فان تزوجها بغير إذن مولاه فالطلاق بيد المولى»

و خبر أبى بصير (٦)

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يأذن لعبد أن يتزوج الحره أو أمه قوم الطلاق إلى السيد أو إلى العبد؟ قال: الطلاق إلى العبد»

وخبير على بن يقطين (٧) عن العبد الصالح عليه السلام «سألته عن رجل يتزوج

١- ١ سنن البيهقى ج ٧ ص ٣٦٠.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٤٣- من أبواب مقدمات الطلاق الحديث ٢ من كتاب الطلاق.

٣- ٣ سورة النحل: ١٦- الآية ٧٥.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٤٣- من أبواب مقدمات الطلاق الحديث ١ من كتاب الطلاق.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٤٣- من أبواب مقدمات الطلاق الحديث ٥ من كتاب الطلاق.

٦- ٦ الوسائل الباب- ٤٣- من أبواب مقدمات الطلاق الحديث ٣ من كتاب الطلاق عن أبى عبد الله عليه السلام الا أن الموجود

فى الكافى ج ٦ ص ١٦٨ قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام».

٧-٧ الكافى ج ٦ ص ١٦٨.

غلامه جاربه حره، فقال: الطلاق بيد الغلام»

و خبر محمد بن الفضيل (١) عن أبي الحسن عليه السلام «طلاق العبد إذا تزوج امرأه حره أو تزوج وليده قوم آخرين إلى العبد، وإن تزوج وليده مولاه كان هو الذى يفرق بينهما إن شاء، وإن شاء انتزعا منه بغير طلاق»

وحسن على بن جعفر (٢) عن أخيه عن آباءه عن على عليهم السلام «إنه أتاه رجل بعبد فقال: إن عبدى تزوج بغير إذنى، فقال على عليه السلام لسيدة: فرق بينهما، فقال السيد لعبدته: يا عبد الله طلق، فقال على عليه السلام: كيف قلت له؟ فقال: قلت له: طلق، فقال على عليه السلام للعبد: الان فإن شئت فأمسك وإن شئت فطلق، فقال السيد: يا أمير المؤمنين أمر كان بيدي جعلته بيد غيرى، قال: ذلك لأنك حيث قلت له: طلق أقررت له بالنكاح»

و غير ذلك، و هى مع تعاضدها و استفاضتها و فتوى المشهور بها فيها الصحيح و الموتق و غيرهما، فما فى المسالك من عدم خبر صحيح للمشهور لا يخفى ما فيه.

نعم يعارضها

صحيح العجلي (٣) عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام «فى العبد المملوك ليس له طلاق إلا بإذن مولاه»

وصحيح زرارة (٤) عنهما عليهما السلام أيضا «المملوك لا يجوز طلاقه و لا نكاحه إلا بإذن سيده، قلت: فان كان السيد زوجه بيد من الطلاق؟ قال: بيد السيد، ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ (٥)

-
- ١- ١ ذكر ذيله فى الوسائل الباب- ٤٥- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٥ عن عبد صالح عليه السلام كما فى التهذيب ج ٧ ص ٣٣٨ و الاستبصار ج ٣ ص ٢٠٥، و ذكر تمامه فى الفقيه ج ٣ ص ٣٥٠ الرقم ١٦٧٢ عن أبي الحسن عليه السلام.
- ٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.
- ٣- ٣ الوسائل الباب- ٤٥- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٧.
- ٤- ٤ الوسائل الباب- ٤٥- من أبواب مقدمات الطلاق الحديث ١- من كتاب الطلاق.
- ٥- ٥ سورة النحل: ١٦- الآية ٧٥.

و صحيح البجلي (١) عن أبي إبراهيم عليه السلام «سألته عن الرجل يزوج عبده أمه ثم يبدو له فينتزها منه بطيئه نفسه أ يكون ذلك طلاقاً من العبد؟ قال: نعم، لأن طلاق المولى هو طلاقها، ولا طلاق للعبد إلا بإذن مولاه»

وصحيح العرقوفى (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سئل وأنا عنده أسمع عن طلاق العبد، قال: ليس له طلاق ولا نكاح، أما تسمع الله يقول (٣) عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ، قال:

لا يقدر على نكاح ولا طلاق إلا بإذن مولاه».

بل عن العماني وابن الجنيد أن الطلاق مطلقاً إلى السيد إن شاء فرق بينهما، بل ظاهر ثانياً الشهيدين الميل إلى ذلك، لصحة هذه النصوص التي تقصير تلك النصوص - لضعف سندها - عن تخصيصها و موافقتها للكتاب، لكن فيه أن تلك خاصه وهذه عامه، بل قد يشعر خبر العجلي منها بإرادته خصوص نكاح أمه السيد، كما أن ظاهر بعض النصوص السابقة إرادته ذلك خاصه من الأمه، فلا تكون مخالفه للكتاب حينئذ.

و احتمال الجميع بين النصوص بحمل أخبار المشهور على طلاق العبد باذن المولى يدفعه - مع أنه خرق للإجماع - تصريح بعضها بالاستقلال و عدم التوقف على الاذن، فليست هي حينئذ بالنسبه إلى ذلك إلا متنافيه يفرع فيها إلى الترجيح، و لا ريب في تحققه، للشهره و التعاضد و الأخصيه و غير ذلك.

و احتمال العكس - بموافقه التقيه التي تظهر من

خبر العياشي بسنده (٤) عن جعفر بن محمد عليهما السلام قال: «كان على بن أبي طالب عليه السلام يقول: ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ و يقول: العبد لا طلاق له ولا نكاح، ذلك إلى سيده، و الناس يرون خلاف ذلك، و إذا أذن سيد لعبد لا يرون له أن يفرق بينهما»

- يدفعه - مع أنه مخالف للمحكى عن أمير المؤمنين عليه السلام فيما سمعته من

١- ١ الوسائل الباب - ٦٦ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٦٦ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٢.

٣- ٣ سورة النحل: ١٦ - الآية ٧٥.

٤- ٤ المستدرک الباب - ٤٣ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.

خبر على ابن جعفر (١) - أن الموجود فيما حضرني من كتب العامه إطلاق كون الطلاق بيد العبد، فيمكن أن يكون إنكار أمير المؤمنين عليه السلام في عموم ذلك على وجه يشمل نكاح أمه السيد، فليس هذا الخبر إلا كغيره من الأخبار العامه التي يجب تخصيصها بأخبار المشهور، بل قد يقال: إن هذه النصوص مطرحه حتى من الخصم، فإن الطلاق عنده إلى السيد، لا أنه من العبد و لكن باذن السيد كما هو ظاهر هذه النصوص.

و من ذلك كله يعلم ضعف المحكى عن الحلبي من أن للسيد إجباره على الطلاق محتجا بما دل من وجوب الطاعة عليه، ضروره إمكان منع وجوبها عليه في ذلك و إن وجبت عليه الطاعة في غيره كالولد، على أن ذلك ليس خلافا عند التأمل في المسأله، لظهوره في كون الطلاق للعبد و بيده، و لكن للسيد إجباره عليه لوجوب امتثال العبد سيده فيما يأمره به، و هو أمر خارج عما نحن فيه، كما هو واضح.

بل إن أراد من الإيجاب أن للمولى الطلاق قهرا عليه نحو قولهم: «له إجبار على النكاح» كما عساه يومئ إليه ما ذكره له دليلا في المختلف كان راجعا إلى القول الثاني.

و ربما انقذ من ذلك وجه قوه للأول فإنه لا فائده في السلطنه على نكاحه قهرا مع كون الطلاق بيده، على أنه ربما تعلق غرض للمولى في بقاء نكاحه لاستمنا و نحوه، كل ذلك مضافا إلى خبر محمد بن علي (٢).

المتقدم سابقا بأن للمولى أن يفرق بينهما لو زوجه حره، و هو غير قابل للتخصيص بهذه الأخبار، نعم هو ضعيف محتمل لما عرفت، و على كل حال ففي لحوق هبه المده في المنقطع بالطلاق وجهان، هذا في نكاح العبد الحره أو أمه الغير.

و أما لو زوجه أمته كان عقدا صحيحا عند المشهور بين الأصحاب،

١-١ الوسائل الباب- ٢٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب- ٦٤- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٤.

بل هو الظاهر بينهم و من النصوص (١)

خصوصا التي ذكر فيها الطلاق، بل لعله صريح

صحيح ابن يقطين (٢) سأل الكاظم عليه السلام «عن المملوك يحل له أن يطاء الأمه من غير تزويج إذا أحل له مولاه، قال: لا يحل له»

لا إباحه كما عن ابن إدريس، لجواز تفريق المولى بينهما كما ستعرف بالأمر بالاعتزال و نحوه، و لو كان عقد نكاح لم يفسخ إلا بالطلاق و نحوه من فواسخ النكاح، و فيه منع واضح بعد ثبوت ذلك بالأدله كغيره من الفواسخ، و ل

قول الباقر عليه السلام في صحيح ابن مسلم (٣) و قد سأله عن الرجل كيف ينكح عبده أمته: «يجزؤه أن يقول: قد أنكحتك فلانه و يعطيها ما شاء من قبله أو من قبل مولاه و لو مدا من طعام أو درهما أو نحو ذلك»

و ربما كان دلالتة على الأول أوضح للفظ الإنكاح و الاجزاء به عن ذكر القبول لظهوره، أو يقال: لا حاجه هنا إلى القبول، لأن العبد ممن لا يملكه، لجواز إجباره من المولى فهو يتولى طرفى العقد، و «أنكحتك فلانه» يتضمنهما، و فى المسالك عد ذلك بعد أن حكاه عن المختلف قولاً ثالثاً و استوجهه لما عرفت إلا أنه كما ترى ليس قولاً فى المسألة، ضروره كونه عقد نكاح عند القائل به، إلا- أنه اكتفى بالقبول الضمنى، و هو غير ما نحن فيه، على أنه قد يناقش بعدم التلازم بين توليه طرفى العقد و بين الاكتفاء فى الإيجاب عن القبول، فإن باقى الأولياء و إن جاز لهم تولي طرفى العقد لكن لا بد من ذكر صورته العقد، اللهم إلا أن يفرق بكونه هنا مالكا لا- أنه قائم مقام المولى عليه، و فيه أنه مع ذلك لا بد من ذكر صورته العقد، لمعلومية كون النكاح من العقود، كمعلومية عدم الاكتفاء بنحو ذلك عن القبول فيه و فى غيره من العقود اللازمه، و أوفق بالاحتياط فى الخروج عن أصل عدم الانتقال، و خصوصا فى الفروج، و الله العالم.

١- ١ الوسائل الباب- ٤٣ و ٤٥- من أبواب نكاح العبيد و الإمام و الباب- ٤٣- من أبواب مقدمات الطلاق من كتاب الطلاق.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣٣- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٤٣- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.

و كيف كان ف الطلاق بيد المولى إجماعا بقسميه و نصوصا (١)

مستفيضه بل متواتره، فما

فى مكاتبه على بن سلمى (٢)

«كتبت إليه جعلت فداك رجل له غلام و جاريه فزوج غلامه جاريته ثم وقع عليها سيدها هل يجب فى ذلك شىء؟

قال: لا ينبغى له أن يمسه حتى يطلقها الغلام»

من الشواذ المتحملة لا- سقاط «من» من النساخ و غير ذلك، كما أن ما فى القواعد- من أنه «لو استقل العبد بالطلاق وقع على إشكال»- من الغرائب، ضروره اتفاق النصوص و الفتاوى كما سمعت على انحصاره فى السيد، بل قد يشكل صحته من العبد باذن السيد، إذا لم يكن بطريق الإقاله، بل له أن يفرق بينهما بغير لفظ الطلاق، مثل أن يقول: فسخت عقد كما أو فرقت بينكما أو يأمرهما أو أحدهما بالاعتزال عن صاحبه أو نحو ذلك بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى استفاضه النصوص (٣)

أو تواترها به، ك

صحيح ابن مسلم (٤)

«سأل الباقر عليه السلام عن قول الله عز و جل (٥) وَ الْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ، قال: هو أن يأمر الرجل عبده و تحته أمته فيقول له: اعتزل امرأتك و لا تقربها، ثم يجسها حتى تحيض، ثم يمسه»

و غيره فما فى كشف اللثام- من أنه يشكل على القول بكونه نكاحا إن لم يكن عليه إجماع، للاحتياط و عدم نصوصيه الأخبار- واضح الضعف لتحقق الإجماع الذى به تخرج الأدله عن الظهور إلى الصراحه، فلا احتياط حينئذ، على أن ظاهر الدليل كصريحه حجه شرعيه لا- يجوز الاجتهاد فى مقابلته، و لا استبعاد فى انفساخ النكاح- و إن كان عقدا- بذلك بعد الدليل، نحو الفسخ بالعيب و غيره، بل ربما ظهر من بعضهم احتمال تحقق فسخ هذا العقد بأمر العبد بالطلاق، لأولويته من الأمر

١- ١ الوسائل الباب- ٤٣ و ٤٥- من أبواب مقدمات الطلاق من كتاب الطلاق.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٤٤- من أبواب نكاح العبيد و الإمامه الحديث ٣ عن على بن سليمان كما فى التهذيب ج ٧ ص ٤٥٧ الرقم ١٨٢٧.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٤٥- من أبواب نكاح العبيد و الإمامه.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٤٥- من أبواب نكاح العبيد و الإمامه الحديث- ١.

٥- ٥ سوره النساء: ٤- الآيه ٢٤.

بالاعتزال فى الدلاله على ذلك و إن كان الأقوى خلافه، ضروره ظهور الأدله على اعتبار إنشاء الفسخ منه بلفظ دال عليه و ظاهر الأمر لا يقتضى بذلك، اللهم إلا أن يكون قرينه على إرادته إنشاء الفسخ به، فإنه حينئذ يكون فسخا لا بدونها، ضروره كونه حينئذ أمرا بإيجاد الفسخ، فلا يكون هو فسخا، و لأنه يستدعى بقاء النكاح إلى أن يوقع الطلاق و هو ينافى الانفساخ، بل مدلوله الذى هو طلب امتثال الأمر بإيقاع الطلاق ينافيه، بل لو دل على الفسخ لامتناع إنشاؤه فامتنع الخطاب به، نعم لو قلنا إن العقد إباحه أو فرض نكاح العبد بها أمكن حينئذ الاكتفاء به فى انقطاع الاذن باعتبار دلالتة على عدم الرضا المنافى للإباحه، فيكفى حينئذ.

مع إمكان أن يقال على هذا التقدير أيضا بأنه و إن كان إباحه إلا أنه مفاد عقد لا يفسخ إلا بإنشاء فسخه، فتقطع حينئذ، و لا يكفى فى دفعها مجرد عدم الرضا من دون إنشاء فسخ يقتضيها، اللهم إلا أن يدعى كونها إباحه صرفه كإباحه الطعام و دخول الدار و غير ذلك مما يكفى فيه جميع ما يدل على انقطاع الإذن، فتأمل جيدا كى تعرف ما فى جملة من كلمات بعض الناس.

و كذلك الأقوى أيضا عدم تحققه بالطلاق الفاسد بسبب فقد شرط من شرائطه خلافا لبعضهم، فجعله فسخا لا طلاقا، و هو و إن كان لا يخلو من وجه، إلا أن الأحوط و الأقوى خلافه، لأن المقصود الفسخ الطلاقى دون غيره و لم تحصل و الحصة من الجنس تذهب مع الفصل، فلو وقع فسخ غيره كان ما وقع غير مقصود و ما قصد غير واقع.

و كيف كان ف هل يكون هذا اللفظ و هو «فسخت» و ما شابهه فى فسخ عقد النكاح طلاقا؟ قيل و القائل الشيخ فى المحكى من تهذيبه و استبصاره:

نعم، فيثبت فيه حينئذ ما يعتبر فيه من الشرائط و يلحقه أحكامه حتى لو كرره مرتين و بينهما رجعه حرمت حتى تنكح زوجا غيره لظهور أن المراد من نصوص (١)

المقام توسعه ما يحصل به الطلاق هنا و إن كان لا يقع بالكنايه فى غيره

لمعلوميه أنه الأصل في زوال النكاح، و لإفادته فائدته كالخلع، و لإشعار التخيير بين لفظ الطلاق و غيره لقيام الفسخ مقامه في ذلك، و به يفرق بين المقام و بين غيره من محال الفسخ التي لا يتخير فيها بين الطلاق و غيره، و ل

خبر ابن زياد (١)

«سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يزوج عبده أمته ثم يبدو للرجل في ذلك فيعزلها عن عبده ثم يستبرئها و يواقعها، ثم يردها على عبده، ثم يبدو له بعد فيعزلها عن عبده، أ يكون عزل السيد الجارية عن زوجها مرتين طلاقاً لا تحل حتى تنكح زوجاً غيره أم لا؟ فكتب لا تحل له إلا بنكاح».

و قيل: يكون فسخاً لا طلاقاً و هو أشبه بأصول المذهب و قواعده التي منها أصله عدم لحوق أحكام الطلاق له، و معلوميه اعتبار اللفظ المخصوص في الطلاق و أنه لا يقع بالكنايه مطلقاً، و مشاركته له في بعض الأحكام لا- يقتضى كونه طلاقاً كالتخيير المزبور، و دعوى ظهور النصوص (٢)

في التوسعه المزبوره على الوجه المذكور ممنوعه على مدعيها و إنما هي ظاهره في التوسعه فيما يحصل به الفسخ و عدم انحصاره في الطلاق، و الخبر (٣)

مع عدم جمعه لشرائط الحجية مبنى على عدم اعتبار تحلل الوطاء بين المرتين في الحرمة حتى تنكح، و فيه ما عرفته سابقاً و تعرفه في محله، على أنه لا يقتضى عموم لحوق أحكام الطلاق.

فالتحقيق حينئذ جريان أحكام الطلاق على ما كان منه بلفظه وارداً على عقد النكاح الدائم جامعاً لشرائطه المعتبره فيه، و حكم الفسخ على غيره و إن كان مورد العقد، و حينئذ فليس شىء من اللفظين الأخيرين و ما شابههما طلاقاً، لعدم كونهما من ألفاظه، و لا يعد الفسخ بهما من الطلقتين المحرمتين لها إلى أن تنكح زوجاً غيره، بل على القول بالإباحه ليس لفظ الطلاق طلاقاً فضلاً عنهما، بل هو حينئذ كما لو وقع على التحليل و المنقطع، و من الغريب ما عساه يظهر من المحكى

١- ١ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب أقسام الطلاق الحديث ١ من كتاب الطلاق.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٤٥- من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب أقسام الطلاق الحديث ١ من كتاب الطلاق.

عن بعضهم من كون جميع أفراد الفسخ طلاقاً حتى لو كان النكاح إباحه أو منقطعاً إذ هو كما ترى. و لو طلقها الزوج ثم باعها المالك أتمت العده بلا إشكال و لا خلاف و لكن هل يجب أن يستبرئها المشتري ب الحيضه مثلا زياده عن العده؟

قيل كما عن الشيخ و جماعه نعم، لأنهما حكمان، و تداخلهما على خلاف الأصل، و قيل: ليس عليه استبراء لأنها مستبرأه، و هو أصح لأن الاستبراء انما هو لتحصيل العلم ببراءه الرحم، و لذا يسقط إن كانت حائضاً و هو يحصل بانقضاء العده، هذا كله فى نكاح الأمه بالعقد.

[أما الملك]

[النوع الأول ملك الرقبه]

إشاره

و أما نكاحها بالملك ف هو نوعان:

[النوع الأول ملك الرقبه]

(الأول) ملك الرقبه لا خلاف و لا إشكال فى أنه يجوز أن يطاء الإنسان بملك الرقبه ما زاد على أربع من غير حصر بل الإجماع بقسميه عليه، و النصوص (١)

متواتره فيه، بل العموم فى الكتاب (٢) السالم عن المعارض كاف فيه.

و كذا لا- خلاف و لا- إشكال فى جواز أن يجمع فى الملك بين المرأه و أمها (١١) بل الإجماع بقسميه عليه أيضا مضافا إلى النصوص (٣)

ضروره عدم كون الملك نكاحا، و لذا جاز له ملك من حرم عليه و طؤها بالنسب لكن متى وطأ واحده (١٢) بأى وجه كان حرمت الأخرى (١٣) عليه عينا.

و (١٤) كذا له أن يجمع بينها و بين أختها بالملك و (١٥) لكن لو وطأ واحده (١٦) به حرمت الأخرى (١٧) عليه و لكن جمعا (١٨) أى ما دامت الأولى مملوكه له و إن اعتزلها أو حرمها على نفسه بنكاح و نحوه فلو أخرج الأولى (١٩) مثلا عن ملكه حلت له الثانيه (٢٠) كما مر الكلام فى ذلك كله مفصلا و (٢١) من أنه يجوز (٢٢) أيضا بلا خلاف و لا إشكال أن يملك (٢٣) الابن موطوءه الأب كما (٢٤) أنه يجوز للوالد ملك موطوءه ابنه و (٢٥) إن كان يحرم على كل واحد منهما وطء

٢-٢ سورة النساء: ٤- الآيه ٢٤.

٣-٣ الوسائل الباب - ٢١- من أبواب ما يحرم بالمصاهره.

من وطأها الآخر عينا لدخولهما حينئذ فيما نكح الأب و حلائل الأبناء بل الإجماع عليه.

و يحرم على المالك وطء مملوكته إذا زوجها بغيره و لو عبده حتى تحصل الفرقه و تنقضى عدتها إن كانت ذات عبده بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه مضافا إلى النصوص (١)

المعتبره ل

خبر مسمع (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: عشر لا يجوز نكاحهن و لا غشيانهن - إلى أن عد منها - أمتك و لها زوج»

و نحوه

الآخر (٣) بزياده «و هى تحته»

و خبر مسعده بن زياد (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام: «يحرم من الإماء عشر - إلى أن قال - و لا أمتك و لها زوج، و لا أمتك و هى فى عبده»

و غيرها.

و ليس للمولى فسخ العقد إذا لم يكن الزوج عبده إلا أن يبيعها مثلا فيكون المشتري بالخيار على ما عرفته مفصلا.

و كذا لا يجوز له النظر منها إلى ما لا يجوز لغير المالك إذ هى حينئذ كالأجنبيه بالنسبه إليه، و ملكه لها بعد إن كان الاستمتاع بها مملوكا لغيره غير مجد، لإطلاق الحرمة فى خبر مسعده، و إطلاق الأمر (٥) بغض البصر و ما دل (٦)

على حرمة المحصنه و ذات البعل و غير ذلك مما يقتصر فيه على المتيقن، و هو المملوكه نكاحا دون غيرها مما لك نكاحها و إن بقيت على الملكيه من حيث الرقبه، و ل

صحيح الحلبي (٧)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل زوج مملوكته عبده فتقوم

١- ١ الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ما يحرم بالرضاع الحديث ٤ و فيه «ثمانيه لا تحل مناكحتهم. أمتك و لها زوج».

٣- ٣ الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ٢.

٤- ٤ الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ١.

٥-٥ سورة النور: ٢٤- الآيه ٣٠.

٦-٦ سورة النساء: ٤- الآيه ٢٤ و الوسائل الباب-١٦- من أبواب ما يحرم بالمصاهره.

٧-٧ الوسائل الباب-٤٤- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث ١ عن عبد الرحمن ابن الحجاج كما فى التهذيب ج ٨ ص

١٩٩ الرقم ٦٩٨.

عليه كما كانت عليه فتراه متكشفاً أو يراها على تلك الحال، فكره ذلك، وقال:

قد منعتني أن أزوج بعض خدمي غلامى لذلك»

المراد الحرمة من الكراهه به، و

صحيح عبيد (١) عنه عليه السلام أيضا «عن الرجل يزوج جاريتيه هل ينبغي له أن ترى عورتها؟ قال: لا- وأنا أتقى ذلك من مملوكتي إذا زوجتها».

بل في كشف اللثام نسبة ما في القواعد من الحرمة عليه من كل جهة حتى النظر بشهوه أو إلى ما يحرم على غير المالك إلى النص والإجماع، لكن مع ذلك كله توقف في الرياض في حرمة النظر إلى غير العوره بغير شهوه، بل ظاهره الميل إلى الحل، لأصلي الإباحه وبقاء حل النظر، وإشعار

الخبر (٢) في قرب الاسناد «إذا زوج الرجل أمتة فلا ينظر إلى عورتها، و العوره ما بين الركبه و السره»

بالجواز في غيرها، قال: «و الإجماع موهون قطعاً بمصير جماعه إلى العدم».

و فيه أن الأصليين لا- يصلحان لمعارضه ما عرفته من الإجماع المحكى وغيره، و لا إشعار في الخبر المزبور إلا بمفهوم اللقب الذى هو غير حجه، و الإجماع لا يوهنه مخالفه بعض متأخرى المتأخرين المختلفى الطريقه، بل لعل ذلك منهم مما يؤكد كما لا يخفى على من تتبع مظان ما وقع منهم من الخلاف، فلا إشكال حينئذ في صيرورتها بحكم الأجنبيه إلى انقضاء عدتها و لو بائنا احتراماً للزوجيه.

بل الظاهر أن الموطوءه بالتحليل كذلك كما صرح به في جامع المقاصد وغيره، نعم قد يتوقف في حرمة الاستمتاع بالمحلل منها دون الوطء مع أن الأحوط إن لم يكن الأقوى اجتنابها، لأنه لا- اشتراك في النكاح و توابعه، كما أن الأحوط اجتناب المحلله و إن لم توطأ أجراً لعقد التحليل مجرى عقد النكاح.

و الأحوط أيضا اجتناب الاستمتاع حتى بالنظر في المعتده عن وطء الشبهه مدته عدتها و إن كان قد يقوى حل ما عدا الوطء منه، للأصل و فحوى ما ورد في الأمه المستبرأه أيام استبرائها من جواز الاستمتاع بها في غير الوطء.

١- ١ الوسائل الباب- ٤٤- من أبواب نكاح العبيد و الإمامه الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٤٤- من أبواب نكاح العبيد و الإمامه الحديث ٧.

و كيف كان فقد عرفت فيما تقدم أنه لا يجوز له وطء أمه مشتركة بينه وبين غيره بالملك لأن لها فرجا واحدا لا فرجين، ولا بالعقد أيضا، لما عرفت من عدم التبعض في أسباب النكاح، نعم في التحليل من الشريك البحث السابق، وكذا لا يجوز أيضا غير الوطاء من باقى الاستمتاع.

و كذا لا يجوز للمشتري مثلا وطء الأمه المشتره التى يجب عليه استبرأؤها إلا بعد استبرائها أما غير الوطاء فالظاهر جوازه فتوى و نصا (١).

و لو كان لها أى الأمه المشتره زوج فأجاز المشتري نكاحه لم يكن له بعد ذلك فسخ نكاحه ضروره صيرورته حينئذ كالنكاح المبتدأ باذنه و كذا لو علم فلم يعترض (١١) لما عرفت من فوريه الخيار، فيحرم حينئذ مطلق الاستمتاع بها عليه إلا أن تفارق الزوج و تعتد منه إن كانت من ذوات العدد (١٢) لأنه أمه ذات زوج و (١٣) قد عرفت الكلام فيها، نعم لو لم يجز نكاحه (١٤) بل فسخته لم يكن عليها عده و كفاه الاستبراء (١٥) بحيضه أو خمسه و أربعين يوما فى جواز الوطاء (١٦) عند الفاضل و غيره، لإطلاق ما دل (٢).

على حليه الأمه المشتره به، و لأن المطلوب العلم ببراءه الرحم، و هو حاصل بذلك، و ل

خبر الحسن بن صالح (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام «نادى منادى رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم بيوم أو طاس أن استبرؤوا سباياكم»

و لا شك أن فيهن من كانت مزوجه.

لكن الأقوى وجوب العده وفاقا للكركى و ثانى الشهيدين و الفاضل الهندي و غيرهم. بل هو المحكى عن الفاضل فى القواعد فى العدد، لأصالة الحرمة قبلها، و لأنها هى الأصل فى فسخ النكاح بطلاق أو غيره، و أخبار الاستبراء للمشتري إنما هى من حيث احتمال وطء السيد، و لهذا يسقط لو كان البائع امرأه، و الخبر

١-١ الوسائل الباب-٥- من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

٢-٢ الوسائل الباب-٣ و ١٠ و ١٦ و ١٧ و ١٨- من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

٣-٣ الوسائل الباب-١٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.

المزبور مع إمكان منع معلوميه ذوات الأزواج فيهن غير جامع لشرائط الحجية، نعم يقوى أن الاكتفاء بحيضه أو خمسه و أربعين يوماً في عزل السيد أمته عن عبده بغير الطلاق للنصوص (١)

المصرحه بذلك التي قد مرت بعضها، و لولاها لكان المتجه فيه الاعتداد أيضاً، و الله العالم.

و يجوز ابتياع ذوات الأزواج من أهل الحرب من أزواجهن و غيرهم و كذا بناتهم و غيرهن إجماعاً، لأنهم في ء للمسلمين يجوز استنقاذه بكل وجه فالملك المترتب على ذلك بالاستيلاء حقيقه لا به، ضروره كونه بيعاً فاسداً.

و كذا يجوز إجماعاً ابتياع ما يسيه أهل الضلال منهم، و للأخبار (٢)

فيترتب عليه حينئذ آثار الابتياح الصحيح من حل الوطاء بالملك و غيره، و أن الجميع للإمام أو فيه حق الخمس، للرخصه منهم عليهم السلام لشيعتهم كي تطيب مواليدهم (٣)

كما أوضحنا ذلك في كتاب الخمس (٤).

[تتمه تشتمل على مسألتين]

[المسأله الأولى كل من ملك أمه بوجه من وجوه التملك حرم عليه وطؤها حتى يستبرءها بحيضه]

تتمه تشتمل على مسألتين قد تقدم الكلام في

[المسأله الأولى كل من ملك أمه بوجه من وجوه التملك حرم عليه وطؤها حتى يستبرءها بحيضه]

الأولى منهما في كتاب البيع، و هي كل من ملك أمه بوجه من وجوه التملك و لو إرثاً حرم عليه وطؤها قبلاً بل و دبراً على إشكال حتى يستبرءها بحيضه مع احتمال وطاء السيد لها، بل و علمه للنص (٥)

على الاجتزاء بذلك للسيد لو أراد بيعها مع وطئها،

١-١ الوسائل الباب-٤٥- من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

٢-٢ الوسائل الباب-٥٠- من أبواب جهاد العدو من كتاب الجهاد.

٣-٣ الوسائل الباب-٤- من أبواب الأنفال من كتاب الخمس.

٤-٤ الجزء ١٦ ص ١٥٦-١٥٨.

٥-٥ الوسائل الباب-٦- من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

و لأن اجتزاء المشتري بذلك للاحتياط الذى يراعى فيه الاكتفاء بذلك على تقدير الوقوع، و بالجمله تستبرأ بتلك مطلقا و إن كان الموجود فى النصوص (١)

الشراء و الاسترقاق لكنها داله بالفحوى أو بمعونه فتوى الأصحاب المؤيده بالاحتياط و التحرز من اختلاط الأنساب على الجميع، فما عن بعضهم- من الاقتصار على مورد النص لعموم «ما مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ» (٢) و أصاله عدم الاشتراط، و انحصار الأخبار فيما ذكر بل عن ابن حمزه التصريح باستحباب استبراء من لا تحيض و هى فى سن من تحيض- فى غير محله خصوصا الأخير.

و كيف كان فإن تأخرت الحيضه، و كان فى سنها من تحيض اعتدت بخمسه و أربعين يوما بياضا، و فى الاجتزاء بالملفق وجه، الأحوط خلافه، سيما إذا كان التلفيق من الليل، كما أن الأحوط اعتبار الليالى أيضا لاعتبار خمسه و أربعين ليله فى خبرى منصور (٣)

و عبد الرحمن (٤)

بل عن المفيد استبراؤها بثلاثه أشهر، و لكنه متروك.

و على كل حال ف يسقط ذلك أى الاستبراء إذا ملكها حائضا إلا مده حيضها المحرم وطؤها فيه، فيكفى حينئذ فى جوازه الطهاره من تلك الحيضه و لو لحظه، وفاقا للمحكى عن الشيخ و الأ-كثر، للعلم بالبراءه مع الأصل بل الظاهر صدق استبرائها بحيضه، فلا يحتاج إلى استثناء، و ل

صحيح الحلبي (٥) سأل الصادق عليه السلام «عن رجل اشترى جاريه و هى حائض، قال: إذا طهرت فليمسها إن شاء»

وخبر زرعه عن سماعه (٦)

«سألته عن رجل اشترى جاريه و هى طامث

١- ١ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب بيع الحيوان من كتاب التجاره و الباب- ١٧- من نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.

٢- ٢ سورة المؤمنون: ٢٣- الآيه ٦.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٣- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٥.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٣- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٦.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٣- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.

٦- ٦ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٢.

أيستبرئ رحمها بحيضه أخرى أو تكفيه هذه الحيضه؟ قال: لا، بل تكفيه هذه الحيضه».

نعم قيل: لا بد من أن يكون حيضا ظاهرا لا من استحاضت و هي مبتدأه أو مضطربه، و خصص حيضها بتلك الأيام بالتخير الوارد في النصوص (١)

و لعله للاحتياط و عدم اليقين، فتستصحب الحرمه، فتستبرأ حينئذ بخمسه و أربعين يوما، أو ييقن الحيض متى حصل، أو بشهر لكونه بدل الحيضه في غير مستقيمه الحيض، و لخبر ابن سنان (٢)

الآتي أوجه، بل ربما احتمل ذلك أيضا في ذات التميز و إن كان هو واضح الضعف، ضروره صراحه الروايات (٣)

بحيضه، بل لا يبعد الاكتفاء بالتحيض بكل ما ورد به الشرع.

و على كل حال فما عن ابن إدريس - من اعتبار القرائن في المشتراه حائضا بمعنى اعتبار حيضه أخرى للأمر بالاستبراء بها، و الأولى حيضه قد مضى بعضها قبل الشروع في الاستبراء، و ل

خبر سعد الأشعري (٤) عن الرضا عليه السلام من «الاستبراء قبل البيع بحيضتين»

المحمول على ذلك - كما ترى بعد ما عرفت، و جواز حمل الخبر على الاستحباب أو على من وطئت حائضا و لو لشبهه، فان احتمال اعتبار حيضه مستأنفه فيه لا يخلو من قوه و إن لم أجد تصريحاً به.

و كذا يسقط إن كانت لعدل و أخبر باستبرائها للعلم الشرعي حينئذ بالبراءه و الأصل و العموم و الأخبار (٥)

و هي كثيره ذكرناها في كتاب البيع، لكنها

١-١ الوسائل الباب - ٨- من أبواب الحيض من كتاب الطهاره.

٢-٢ الوسائل الباب - ٦- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ٢.

٣-٣ الوسائل الباب - ١٠- من أبواب بيع الحيوان الحديث ٦ و الباب - ١١- منها الحديث ٤ و ٥ من كتاب التجاره.

٤-٤ الوسائل الباب - ١٠- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ١.

٥-٥ الوسائل الباب - ٦- من أبواب نكاح العبيد و الإماء و الباب - ١١- من أبواب بيع الحيوان من كتاب التجاره.

مقيده بالثقة أو الأيمن إلا- أن المصنف و الفاضل و غيرهما خصاهما بالعدل، للاحتياط و لأنه الثقة المأمون شرعا، و يمكن الاكتفاء بحصول العلم العادى باخباره و إن لم يكن ثقة، بل عن ابن إدريس وجوبه و إن كان المخبر عدلا، كما عن الشيخ الاحتياط به، فيجب حينئذ الاستبراء مع عدمه حتى لو كان المخبر عدلا، و لعله لعموم الأمر به المخصص بما عرفت، و خصوص

خبر عبد الله بن سنان (١) سأل الصادق عليه السلام «أشترى الجارية من الرجل المأمون فيخبرنى أنه لم يمسه منذ طمشت عنده و طهرت، قال: ليس بجائز أن تأتيها حتى تستبرئها بحيضه، و لكن يجوز ذلك ما دون الفرج، إن الذين يشترى الإمام ثم يأتوهن قبل أن يستبرءوهن فأولئك الزناه بأموالهم»

و غيره التى يمكن حملها على الكراهه.

و كذا يسقط إن كانت لامرأه وفاقا للمحكى عن الأكثر، للأصل و عموم «ما مَلَكَتْ» (٢) و خصوص

خبر ابن أبى عمير عن حفص (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام «فى الأمه تكون للمرأة فتبيعها، قال: لا بأس بأن تطأها من غير أن تستبرئها»

و نحوه حسن رفاعه أو صحيحه (٤) عن أبى الحسن عليه السلام و غيره، خلافا للمحكى عن الحلبي فأوجه أيضا، للعموم المخصوص بما عرفت، نعم لا ريب فى أنه أحوط.

أو يائسه لمعلوميه براءه رحمها،

قال منصور بن حازم (٥)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الجارية التى لا يخاف عليها الحمل، قال: ليس عليها عده»

و نحوه خبر عبد الرحمن (٦)

بل لا موضوع للاستبراء فيها، و من هنا كان المتجه عدم

١-١ الوسائل الباب- ١١- من أبواب بيع الحيوان الحديث ٥ من كتاب التجاره.

٢-٢ سورة المؤمنون: ٢٣- الآيه ٦.

٣-٣ أشار إليه فى الوسائل الباب- ٧- من أبواب نكاح العيب و الإمام الحديث ١ و ذكره فى التهذيب ج ٨ ص ١٧٤ الرقم ٦٠٨.

٤-٤ الوسائل الباب- ٧- من أبواب نكاح العيب و الإمام الحديث ١.

٥-٥ الوسائل الباب- ٣- من أبواب نكاح العيب و الإمام الحديث ٢.

٦-٦ الوسائل الباب- ٣- من أبواب نكاح العيب و الإمام الحديث ٤.

استثناءها، و

خبر ابن سنان (١) الذى سأل فيه الصادق عليه السلام «عن الرجل يشتري الجارية لم تحض، قال: يعتز لها شهرا إن كانت قد يئست»

محمول على الاستحباب بل

عن الكافى و الاستبصار «إن كانت قد مست»

فيكون الأمر بالشهر حينئذ بناء على أغلبه حصول الحيض به، و كذا يحمل على الندب فى

خبر عبد الرحمن (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام «فى الرجل يشتري الجارية و لم تحض أو قعدت عن المحيض كم عدتها؟ قال: خمسة و أربعون ليلة».

و فى معناها الصغيره التى هى دون تسع سنين، و لم يذكرها معها هنا، و ذكرها فى كتاب البيع (٣) و لعله لحرمة وطئها، و أما

صحيح الحلبي (٤) - عن الصادق عليه السلام «فى رجل ابتاع جاريه و لم تطمئ، قال: إن كانت صغيره لا يتخوف عليها الحمل فليس عليها عده، و ليطأها إن شاءت، و إن كانت قد بلغت و لم تطمئ فان عليها العده»

ففى كشف اللثام «الظاهر أن المراد بالصغر القصور عن السن المعتاد للحيض فى أمثالها لا عدم البلوغ تسعا، و كذا المراد بالبلوغ بلوغها السن المعتاد» قلت:

و حينئذ يستفاد منه سقوط الاستبراء عمن بلغت التسع لكن لم تبلغ أو ان الحمل كما هو المعتاد فى بنت العشر و ما قاربها، و ربما يشهد له

صحيح ابن أبى يعفور (٥) عن الصادق عليه السلام «فى الجارية التى لم تطمئ و لم تبلغ الحمل إذا اشتراها الرجل، قال: ليس عليها عده، يقع عليها»

بل مال إليها فى المسالك، لكنه لا يخلو من إشكال من إطلاق الأصحاب الاستبراء مع بلوغها سن الحيض و إن لم تحض، و من المعلوم إرادته التسع منه، فإنه زمان إمكان الحيض - فيمكن حمل هذه النصوص على إرادته سقوط الاستبراء عن الصغيره و أن له الوقوع عليها بدونه إذا بلغت، و الله العالم.

١- ١ الوسائل الباب- ٦- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ٦.

٣-٣ الجزء ٢٤ ص ٢٠٧ و ٢٠٨ ط قم.

٤-٤ الوسائل الباب-٣- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ١.

٥-٥ الوسائل الباب-٣- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ٣.

أو كانت حاملا فإنه لا استبراء هنا قطعا، ضروره معلوميه كونها حاملا، إنما الكلام فى جواز وطئها مطلقا و عدمه مطلقا و التفصيل بالأربعه أشهر و عشره أيام، فيحرم قبل مضيها للحمل و يحل بعده على كراهيه أقوال: أقواها الأخير كما عرفته مفصلا فى كتاب البيع (١) بل هو خيره المصنف هناك أيضا و إن اختار هنا الجواز مطلقا على كراهيه.

و على كل حال فليس هذا من الاستبراء فى شىء، و فى جامع المقاصد أنه إن كان الحمل من وطء محترم فلا يجوز وطؤها إلا بعد الوضع، و إن كان من زنا فلا يجوز قبل الأربعة أشهر و عشره و يجوز بعدها، بل عن غيره الجمع بين النصوص بحمل ما دل (٢)

على الحرمة إلى الوضع على الحمل من وطء محترم، و ما دل (٣)

على الجواز مطلقا على الحمل من زنا، و قد تقدم فى كتاب البيع تفصيل ذلك كله، فلاحظ و تأمل، و الله العالم.
و يسقط الاستبراء أيضا بإعتاقها بعد ابتياعها، و هى.

[المسألة الثانية إذا ملك أمه فأعتقها كان له العقد عليها و وطؤها من غير استبراء]

المسألة الثانية التى أشار إليها المصنف بقوله إذا ملك أمه فأعتقها كان له العقد عليها و وطؤها من غير استبراء بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به بعض الفضلاء، بل فى المسالك دعوى الوفاق عليه، للأصل و خروجها عن الأمه التى حكمها الاستبراء، و للأخبار ك

صحيح محمد بن مسلم (٤) عن الباقر عليه السلام «فى الرجل يشتري الجارية

١- ١ الجزء ٢٤ ص ٢١١-٢١٧ ط قم.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٨- من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

٣- ٣ الوسائل الباب - ٩- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٢- ٣.

٤- ٤ الوسائل الباب - ١٦- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.

ثم يعتقها و يتزوجها هل يقع عليها قبل أن يستبرئ رحمها؟ قال: يستبرئ بحيضه، قال: قلت: فان وقع عليها، قال: لا بأس»

و نحوه خبر عبيد (١)

و أبى العباس (٢) عن الصادق عليه السلام و كفى بذلك كله مخرجا عن عموم العله المقتضى لعدم سقوط الاستبراء لو سلم دلالة النصوص عليها على وجه تخرج به عن كونها مستنبطه.

و لكن كما دل الصحيح على سقوطه دل على أن الاستبراء أفضل بل لعله كذلك فى كل مقام أسقطناه مع احتمال الوطء المحترم و لو من غير السيد تحفظا من اختلاط الأنساب، نعم لا- يبعد تقييد السقوط هنا بما إذا جهل الوطء المحترم كما فى القواعد و كشف اللثام و غيرهما لا ما إذا علمه و إن أطلق الأكثر كالنصوص (٣)

لعموم ما دل (٤)

على الاستبراء و الاعتداد منه، فيستبرئ بحيضه من وطء السيد، و تعتد إن كانت ذات زوج فسخ نكاحه على الأصح، و ما فى جامع المقاصد- أنها تستبرئ بحيضه منه أيضا- واضح الضعف، بل مناف لما اختاره سابقا.

و على كل حال لا بد من تقييد النص و الفتوى بذلك، بخلاف ما لو جهل، فإن الأصل يقتضى عدم الوطء الموجب للاستبراء السالم عن معارضه نصوصه (٥)

المختصه بالأمه دون المعتقه، و دعوى الاشتراك فى العله يدفعها أنها مستنبطه لا منصوصه، مع أن الاحتياط لا ينبغى تركه فيه أيضا، للاستصحاب، و لقوه احتمال استفاده الشركه فى العله من النصوص، خصوصا بعد أن لم يقتصروا على ما فيها من الشراء.

هذا كله لو تزوجها، أما غيره فلا بد له من التبرص ثلاثة أشهر، ل

صحيح زراره (٦)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أعتق سريه إله أن يتزوجها بغير عده؟

١-١ الوسائل الباب- ١٦- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٢.

٢-٢ الوسائل الباب- ١٦- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٣.

٣-٣ الوسائل الباب- ١٦- من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

٤-٤ الوسائل الباب- ٣- من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

٥-٥ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب بيع الحيوان من كتاب التجاره.

٦-٦ أشار إليه فى الوسائل الباب- ١٣- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١ و ذكره فى التهذيب ج ٨ ص ١٧٥ الرقم

قال: نعم، قلت: فغيره قال: لا حتى تعتد ثلاثه أشهر»

و نحوه الصحيح الآخر (١)

عنه عليه السلام أيضا.

لكن ظاهر المصنف تقييد ذلك بما إذا علم وطء المعتق، حيث قال و لو كان وطأها و أعتقها لم يكن لغيره العقد عليها إلا بعد العده، و هي ثلاثه أشهر إن لم تسبق الأطهار و إلا كانت هي العده، ضروره كون العده هنا عده الطلاق، و نحوه غيره، و هو حسن لعدم المقتضى للعده مع العلم بعدم الوطء، بل و مع الجهل، بل و للاستبراء أيضا، فيجب تنزيل إطلاق الصحيحين على ذلك، بل الظاهر عدم انصرافه إلى غيره، فما وقع من بعض الأفاضل - من الحكم بالعده مع الجهل تارة و الاستبراء أخرى - في غير محله قطعاً.

نعم قد يشكل الحكم هنا بالعده للغير ثلاثه أشهر مع الاكتفاء بنكاح السيد لها بعد العتق بالاستبراء بحيضه في صورته العلم بوطء السيد البائع لها، قال في جامع المقاصد: «و اعلم أنه لو علم أن الأمه المبتاعه موطوءه و طئا محترما من نحو زوج فسخ نكاحه أو من المولى فأعتقها لم يجز له أن يتزوجها إلا بعد الاستبراء، و تكفى الحيضه، لأن في روايه محمد بن مسلم (٢).

استحباب الاستبراء بحيضه مع جهل الوطء، فلو لا أن الحيضه تكفى مع العلم به لم يكن لاستحبابها معنى، فان الغرض منها يقين براءة الرحم، لاحتمال الوطء، و كان ذلك كافيا قبل العتق فكذا بعده».

و فيه (أولاً) أنه مناف لما اختاره سابقا من العده لذات الزوج التي فسخ نكاحها و هي أمه فضلا عن المعتقه لا الاستبراء. (و ثانيا) أنه لا فرق حينئذ بينه و بين تزوج الغير في مفروض المتن هنا، ضروره أنه إن كان المدار على حال حريتها الموجب اعتدادا لا استبراء ففي المقامين، و إن كان المدار على وطئها فهي في المقامين مملوكه حال، فدعوى الاكتفاء بالحيضه للمشتري المعتق الذي علم وطء سيدها لها دون المقام فعده الطلاق للحره لا دليل عليها.

١-١ الوسائل الباب-١٣- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب-١٦- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.

اللهم إلا أن يقال: إن الموضوع في الصحيحين المزبورين المعتقد سرية و حاصلهما أنه لا عده عليه إذا أراد تزويجها، لأن الماء مأؤه، فهو كمن عقد على حره في عدتها منه، بخلاف الأجنبي فإن عليه العده، لكونه وطئا محترما، و الفرض أنها حره، فلا استبراء بالنسبه إليه، فإن المقام ليس مقامه، بخلاف الموضوع في المسأله الاولى، و هى الأمه المبتاعه الموطوءه لسيدها، فإنه كان عليه استبراؤها قبل أن يعتقها إذا أراد وطءها، فبعد العتق لم يسقط ذلك الاستبراء، لكون الوطء فيه معلوما، فيبقى الخطاب به بحاله، بل لا يبعد ذلك لو أراد الغير تزويجها، فإنه لا فرق بينه و بين المبتاع الذى حصل العتق منه بعد أن علم من الشارع يقين براءه رحمها بالحوضه الذى لا فرق فيه بين نكاح المعتقد و نكاح غيره بالنسبه الى ذلك.

لكن المتجه على هذا التقدير جعل موضوع المسأله فى الثانيه الأمه الموطوءه للسيد فأعتقها، فإنه إذا أراد هو نكاحها لا عده عليه، بخلاف الغير، كما هو مضمون الصحيحين، و موضوع الأولى الأمه المشتره التى علم وطء سيدها لها فأعتقها ثم أراد هو أو غيره نكاحها فيجزؤهما الاستبراء بحوضه لما عرفت، و لكن مع ذلك فالمسأله بعد لا تخلو من إشكال، و طريق الاحتياط فيها غير خفى.

كما أن ما فى المسالك (١) عن بعضهم بعد أن ذكر سقوط الاستبراء بالإعتاق لو أراد المعتقد نكاحها مع احتمال الوطء و إلحاق بعضهم تزويج المولى للأمه المبتاعه بالعتق فى سقوط الاستبراء لأنه لا يجب على الزوج استبراؤها ما لم يعلم سبق وطء محترم فى ذلك الطهر، و ذلك لأن الاستبراء تابع الانتقال الملك، و هو منتف هنا قال تبعا لما احتمله فى جامع المقاصد: «و على هذا فيمكن أن يجعل ذلك وسيله إلى سقوط الاستبراء عن المولى أيضا بأن يزويجها من غيره ثم يطلقها الزوج قبل الدخول، فيسقط الاستبراء بالتزويج و العده بالطلاق قبل المسيس و إن وجد ما يظن كونه عله الاستبراء، و هو اعتبار براءه الرحم من ماء السابق، فإن العله مستنبطه

١-١ فى العبارة تشويش إذ لم يذكر خبر «أن» فان قوله: «ما فى المسالك.» اسمه و خبره اما محذوف أو قوله فيما يأتى: «و فيه إمكان الفرق» فيكون الواو هناك زائدا.

لا منصوصه، و مثله الحيله على إسقاطه ببيعها من امرأه و نحو ذلك».

و فيه إمكان الفرق بين الحيلتين بسقوط موجب الاستبراء فى الثانى، لأن الشراء قد انقطع بالبيع من الامراه مثلا بخلاف التزويج، فإنه لم يسقط مقتضى الاثراء بالنسبه إليه، ضروره كونها أمه مشراه له محتمله الوطء، أقصى ما هناك سقوط الاستبراء بالنسبه للزوج، لعدم كونه مشترى، لا أنه بتزويجه يسقط عن المشتري الذى أراد وطئها بذلك الشراء بعد الطلاق قبل الدخول، و انتفاء العده لغير المدخول بها من حيث عقد الزوج، و هو غير احتمال و طء السيد الذى لم يحصل للمشتري ما يسقط خطاب الاستبراء بالنسبه إليه لو أراد الوطء بذلك الشراء، فلا ريب حينئذ فى وضوح الفرق بينهما، على أن الحكم فى البيع من الامراه و نحوها لا يخلو من إشكال، باعتبار إمكان دعوى ظهور النصوص أو بعضها فى العله المخرج لها عن كونها مستنبطه، و باعتبار إمكان دعوى كون التعارض فى الأدله حينئذ من وجه و الترجيح للاستبراء بالاستصحاب و ظهور العله و الاحتياط فى الفروج و غير ذلك.

[النوع الثانى ملك المنفعه]

اشاره

النوع الثانى من نوعى الملك ملك المنفعه أى الانتفاع، فيمكن أن يجمع كونه عقدا أو أنه مبنى على كون التحليل ملك يمين للمنفعه، كما ستعرف تحقيق الحال فيه.

و كيف كان ف النظر فى الصيغه و الحكم بعد القطع بجوازه عندنا للإجماع بقسميه عليه و تواتر النصوص (١)

به فما فى محكى الخلاف و السرائر من إرسال قول عن بعض أصحابنا بالمنع منه بل فى كشف اللثام أنه معطى كلام الانتصار مسبوق بالإجماع و ملحوق به، ضروره معلوميه جوازه فى مذهبنا عند المخالف فضلا عن المؤلف كالمقطع.

مضمرا بن يقطين (١)

«سألته عن الرجل يحل فرج جاريتيه، قال: لا أحب ذلك»

وخبر عمار (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام «فى المرأة تقول لزوجها جاريتى لك، قال: لا يحل له فرجها إلا أن تبعه أو تهب له»

وخبر أبى هلال (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام «سألته عن الرجل هل يحل له جاريه امرأته؟ قال: لا حتى تهبها له، إن عليا عليه السلام قد قضى فى هذا، أن امرأه أتت تستعدى على زوجها، قالت: إنه قد وقع على جاريتى فأحبها، فقال الرجل: إنها وهبتها لى، فقال على عليه السلام:

ائتنى بينه و إلا رجمتك، فلما رأته المرأة أنه رجم ليس دونه شىء أقرت أنها وهبتها له، فجلدها حدا، و أمضى ذلك له»

من الشاذ الذى قد أمرنا بالإعراض عنه، مع أنه لا- ظهور فى الأول بالمنع، بل من المعلوم كون الوجه فى ذلك أنه لا- يراه مخالفونا، بل مما يشنعون به علينا، فالتز به أولى، بل عن الشيخ أن ذلك ما لم يشترط حربه الولد و إلا زالت الكراهه كما عساه يومئ اليه

خبر إسحاق (٤)

«سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن المرأة تحل فرج جاريتها لزوجها، فقال: إنى أكره هذا، كيف يصنع إن هى حملت؟ قلت: تقول: إن هى حملت منك فهى لك، قال: لا بأس بذلك، قلت: فالرجل يصنع هذا بأخيه، قال: لا بأس بذلك»

بل و الثالث المسؤول فيه عن جاريه المرأة من حيث كونها جاريه امرأه، و الحصر فى الهبه مع معلوميه الجواز فى العقد و التملك بغير الهبه ليس على حقيقته، بل يمكن إرادته ما يشمل التحليل من الهبه أو خصوصه، بل لعل الخبر الثانى ظاهر فى ذلك.

منه ينقدح حينئذ قوه كون التحليل ملك يمين بهذا المعنى، بل و قوه جواز كون صيغته بلفظ الهبه.

و منه يعلم ضعف الاستدلال بمفهوم قوله تعالى (٥):

١- ١ الوسائل الباب- ٣١- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٧.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣٢- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٥.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٣٢- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٦.

٤-٤ الوسائل الباب - ٣١- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث ٨.

٥-٥ سورة المؤمنون: ٢٣- الآيه ٦- ٧.

إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ، فَمَنْ ابْتغى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ* لتقريب عدم كونه تزويجا دائما و لا- منقطعاً، لعدم اعتبار المهر فيه و لا- المده و لا- النفقه، و لا- يقع به طلاق و لا غير ذلك من لوازم الدائم و المنقطع، و عدم كونه ملك اليمين، لأن الفرض ملك الرقبه لغيره، مضافاً إلى أن أقصاه العموم المخصص بالإجماع بقسميه، بل المحكى منهما مستفيض أو متواتر كالنصوص (١)

و إلى إمكان دعوى كونه تزويجا بعد فرض ثبوت مشروعيتها، و أنه فرد ثالث، و انتفاء لوازم الدوام و الانقطاع لا يقضى بانتفاء كونه تزويجا، و إلا لاقتضى انتفاء لوازم الدوام عدم كون المنقطع تزويجا و بالعكس، فإنه لا دليل على انحصار النكاح فيهما، و إلى إمكان كونه ملك يمين بمعنى كون المراد بالايه عدم جواز وطء غير الزوجه و المملوكه و لو للغير بالتحليل، فالضمير حينئذ في «أَيْمَانُهُمْ» للجنس، لا أن المراد اعتبار الملك للشخص في جواز وطء المملوكه، و على كل حال فلا إشكال من هذه الجهه، إنما الكلام في الصيغه و غير ذلك من الحكم.

[أما الصيغه]

أما الصيغه ف لا خلاف في اعتبارها فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، فلا يكفي التراضى مطلقاً، و

خبر هشام بن سالم (٢) قال: «أخبرني محمد بن مضارب، قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: يا محمد خذ هذه الجارية إليك تخدمك و تصيب منها، فإذا خرجت فردها إلينا»

ليس نصاً بل و لا ظاهراً في الاكتفاء بهذا اللفظ، و إلا كان واجب الطرح.

نعم لا- خلاف في حصولها ب أن يقول: أحلت لك وطءها أو جعلتك في حل من وطئها بل الإجماع بقسميه عليه، مضافاً الى معلوميه دلالة النص (٣)

و الفتوى عليه، و لكن في اعتبار الماضيه- فلا- يجزئ المضارع و الأمر المراد بها إنشاء ذلك و لا «أنت في حل من وطئها»- البحث السابق الذي قد عرفت قوه القول

١- ١ الوسائل الباب- ٣١- من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣١- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث- ٦.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٣١- من أبواب نكاح العبيد و الإمام و الباب- ٣٧- منها الحديث ٥ و ٦.

بالجواز فيه، بل قد عرفت هناك قوه اعتبار عدم اللفظ المخصوص، بل يكفى كل ما دل على إنشاء ذلك على حسب القانون العربى، من غير فرق بين المجاز وغيره مما لم يجمع وإجماع ونحوه على خلافه، بل لعل المقام أوسع دائره من ذلك، باعتبار كونه من الإباحات و من العقود الجائزه التى صرحوا فى الاكتفاء بأى لفظ كان، و سترسم ما فى خبر فضيل مولى راشد (١)

من التحليل بالجملة الاسميه التى صرح بعضهم بالمنع منها هنا، و كذا خبر إبراهيم بن عبد الحميد عن الكاظم عليه السلام (٢)

و غيره الا فى المسأله الثالثه من مسائل الحكم، لكن الاحتياط لا ينبغى تركه، خصوصا فى الفروج.

و لعله لذا و نحوه لا يستباح بلفظ العاريه عند المشهور، بل هو مجمع عليه نقلا مستفيضا، مضافا إلى

خبر البقباق (٣)

«سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام و نحن عنده عن عاريه الفرج فقال: حرام، ثم مكث قليلا ثم قال: لا بأس بأن يحل الرجل الجاريه لأخيه»

المنجبر سنده إن كان محتاجا بالشهره، و لا ينافيه

خبر الحسن العطار (٤)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عاريه الفرج، قال: لا بأس به»

المراد منه التحليل المسمى عند العامه فى التشنيع علينا بالعاريه التى أوماً عليه السلام فى الخبر السابق الى عدم كون التحليل من العاريه، بل هو قسم مستقل برأسه، و لذلك استدرك عليه السلام جوازه بعد الحكم بحرمه عاريه الفرج كما سمعت.

إلا- أن الانصاف مع ذلك كله دعوى دلالة الخبر المزبور على عدم جواز عقد التحليل بلفظ العاريه المراد منه معنى التحليل لا العاريه المخصوصه لا يخلو من إشكال، و لعله لذا حكى عن ابن إدريس جوازه، و حينئذ فوجه الجمع بين الخبرين عدم كون التحليل من أفراد العاريه و إن جاز عقده بلفظها المراد منه التحليل الذى هو عاريه بالمعنى الأعم، بل يمكن إرادته ذلك أيضا من معاهد

- ١- ١ الوسائل الباب- ٣٣- من أبواب نكاح العيب و الإمام الحديث ١.
- ٢- ٢ الوسائل الباب- ٣٧- من أبواب نكاح العيب و الإمام الحديث ٥.
- ٣- ٣ الوسائل الباب- ٣٤- من أبواب نكاح العيب و الإمام الحديث ١.
- ٤- ٤ الوسائل الباب- ٣٤- من أبواب نكاح العيب و الإمام الحديث ٢.

الإجماعات، كما أنه يمكن تأييده بإشعار تعليل الفرق بين الحره و الأمه فى الصحيح (١)

المتقدم فى الأمه المشتركه بأن الحره لا- تهب و لا- تعير و لا- تحلل إلا- أنك قد عرفت شده رجحان الاحتياط فى الفروج، و خصوصا فى المقام الذى قد عرفت حكاية الإجماع عليه، و قوه إرادته جواز إطلاق لفظ العاريه عليه فى خبر العطار (٢)

و إن لم يجوز عقده بها نحو إطلاق المستأجرات على المتمتع بهن و إن لم يجوز لفظ «آجرت» فى المتعه و لو للتجنب عن توهم دخول النكاح الذى هو عقد مستقل برأسه فى عقد آخر، و الله العالم.

و كيف كان ف هل يستباح فرج الجاريه بلفظ الإباحه المرادف للتحليل فيه خلاف بين الأصحاب، أشهره عدم الجواز و أظهره الجواز وفاقا للفاضل و جماعه ممن تأخر عنه، و محكى المبسوط و السرائر، لعموم الأخبار (٣)

فإنها تضمنت التحليل، و هو أعم من أن يكون بلفظه أو مرادفه، بل و غيرهما مما يفيد على حسب القانون اللغوى «نحو أذنت» و «سوغت» كما نص عليهما فى القواعد، لكن قد عرفت أن الاحتياط فى الفروج مما لا ينبغى تركه، خصوصا بعد ما قيل هنا من أن الجواز بلفظ التحليل لا يستلزم الجواز بلفظ الإباحه بعد تسليم ترادفهما، و المتيقن من النصوص العقد بلفظ التحليل و إن كان هو كما ترى.

و لو قال: «وهبتك و طءها» أو «سوغتك» أو «ملككتك» متجاوزا بها بإرادته معنى التحليل منها باعتبار مشابهه مفاده لمفادها، لعدم العوض فيه مع استحقاق الانتفاع به فمن أجاز العقد بلفظ الإباحه باعتبار استفاده

١- ١ الوسائل الباب- ٤١- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣٤- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٣١- من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

معنى التحليل منه الذى هو من العقود الجائزه التى لم يعتبر فيها لفظ مخصوص، بل هو شبه الإباحات المتعلقة بالأموال يلزمه الجواز هنا لاتحاد المدرك بعد فرض جريان استعمال هذه الألفاظ فى المعنى المزبور مجرى القانون اللغوى، و لو على جهه المجازيه التى لا بأس بها فى العقد الجائز، و خصوصا مثل هذا العقد الذى هو شبه الإباحات و من اقتصر على التحليل و لم يجوز العقد بلفظ الإباحه المرادفه له اقتصارا على المتيقن فى الفرج المطلوب فيه الاحتياط منع هنا سيما الهبه و التمليك ضروره أولويتهما بذلك من لفظها، لكون الأعيان مورد الهبه و التمليك و إن وقع عليها و على المنفعه لكن لا عين هنا و لا منفعه و إنما هو اباحه انتفاع، بل كان مفاد الهبه و التمليك مقابلا للتحليل الظاهر فى رفع المنع من المالك بالاذن على حسب التحليل فى أكل المال و نحوه، و قد عرفت قوه القول بالجواز، خصوصا بعد إمكان إرادته التحليل فى الخبرين (١) السابقين، بل ربما أشعر به تعليل الفرق بين الحره و الأمه أيضا فى الصحيح (٢).

المتقدم فى الأمه المشتركه بأن الحره لا تهب و لا تعير و لا تحلل، لكن الاحتياط لا ينبغى تركه.

و كيف كان ف هل هو عقد نكاح أو عقد تمليك منفعه؟ فيه خلاف بين الأصحاب منشؤه عصمه الفرج عن الاستمتاع بغير العقد أو الملك للآيه (٣) و دعوى الاتفاق على ذلك، فبعد معلوميه جوازه فى الشرع لا يخلو من أحدهما و لعل الأقرب عند المصنف هو الأخير وفاقا للمحكى عن الأ-كثر، بل لم يعرف حكاية الخلاف فيه إلا عن المرتضى فى الانتصار مع أن كلامه المحكى عنه فى المختلف- كما اعترف به فى كشف اللثام- إنما يعطى اشتراط العقد و عدم الاجتزاء بلفظ الإباحه كما لا يجتزأ بلفظ العاريه، فهو حينئذ خارج

١- ١ الوسائل الباب- ٣٤- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١ و ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٤١- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.

٣- ٣ سورة المؤمنون: ٢٣- الآيه ٦.

عما نحن فيه، ولذا حكى خلافه في أصل مشروعيه التحليل.

و على كل حال فالوجه للمشهور- بعد الاتفاق على كونه أحدهما أو ملك يمين كما في كشف اللثام- انتفاء لوازم عقد النكاح من الطلاق و المهر و المده و غير ذلك، فتعين الثاني، مضافا الى

صحيح السراد (١)

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن قوله تعالى (٢) وَ الْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ، قال: هو أن يأمر الرجل عبده و تحته أمته، فيقول: اعتزل امرأتك و لا تقربها، ثم يحبسها عنه حتى تحيض، ثم يمسكها فإذا حاضت بعد مسه إياها ردها عليه بغير نكاح»

فان الظاهر إرادته التحليل و قد نفى عنه النكاح، فليس هو حينئذ إلا ملك يمين، بل ربما أشعر به أيضا خبر أبي بصير (٣) و الحضرمي (٤)

قال في أولهما: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأه أحلت لابنها فرج جاريتها، قال: هو له حلال، قلت: أفيحل له ثمنها؟ قال: لا، إنما يحل له ما أحلت له»

وقال في ثانيهما: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن امرأتي أحلت لي جاريتها، فقال انكحها إن أردت، قلت: أبيعها، قال: لا، أحل لك منها ما أحلت»

باعتبار أن ذلك منهما مقتض لصيرورتها ملك يمين بذلك، و لم ينكر عليهما الامام عليه السلام ذلك، و إنما منعهما من البيع مؤمنا إلى أن ذلك ملك يمين على حسب ما أحل، و صحيح الأئمة بين الشريكين (٥)

المصرح فيه بجواز التحليل من أحدهما للآخر، المبني على اتحاد السبب حينئذ بصيروره الجميع ملك يمين و إن كان النصف ملك رقبه و الآخر ملك منفعه، و لو لا ذلك لكان من التبعض في سبب النكاح، و لذا لم يجز له نكاحها بالعقد، هذا أقصى ما يمكن أن يقال

١- ١ الوسائل الباب- ٤٥- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ١ و هو صحيح السراد عن محمد بن مسلم كما في التهذيب ج ٧ ص ٣٤٦ الرقم ١٤١٧.

٢- ٢ سورة النساء: ٤- الآيه ٢٤.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٣٢- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ٢.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٣٦- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ٢.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٤١- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ١.

للمشهور.

لكن الجميع كما ترى، ضروره صراحه عقد التحليل بلفظه أو الإباحه فى عدم الملك، و لم يقصد المملك إلا رفع المنع، أو التصريح بإنشاء الاذن فى ذلك، و دعوى صيرورته ملكا شرعا و إن لم يقصداه واضحه الفساد، على أنه لا منفعه هنا صار العقد سببا لتملكها على نحو الإجاره، و إنما هو انتفاع لا منفعه، و فرق واضح بينهما، و جواز الانتفاع بعقد التحليل بعيد عن صدق ملك اليمين و إلا لكان جميع الإباحات كذلك، و الحصر فى الآيه (١) المتفق عليه مع انتفاء لوازم العقد لا يقتضى شمول الكلى لغير فرده، بل هو فرد لكلى آخر مباين له، و كذا نفى النكاحيه عنه فى صحيح السراد، و ليس فى كلام الامام عليه السلام فى خبرى أبى بصير و الحضرمى ما يتوهم منه كونه ملك يمين، بل و لا صحيح الأمه المشتركه، و جوازه فيها دون النكاح أعم من ذلك قطعا كما هو واضح، بل التأمل الصادق يقتضى تنزيه كلام الأساطين عن كونه ملك يمين على وجه يندرج فيه موضوعا، ضروره صراحه النصوص فى عدمه، فان من أفراده تحليل القبله و نحوها.

نعم قد يقال: إنه بعد ثبوت مشروعيته بالمتواتر من السنه (٢)

و الإجماع مع الاتفاق على حصر حكم النكاح فى السبين فهل الثابت لهذا القسم من النكاح حكم العقد أو حكم ملك اليمين؟ و لا- ريب أن الأقوى الثانى، لا- لدخوله فى اسمه، بل لأن أحكامه الثابته له من جواز وطء الأزيد من الأربع و غيره على وفق الأصول المقتضيه نحو ذلك فى التحليل، بخلاف الأحكام التى موضوعها النكاح و التزويج و نحوهما مما لا يدخل فيه التحليل موضوعا، و لا حكمه على وفق الأصل، فالمراد حينئذ ثبوت أحكام ملك اليمين له دون عقد النكاح المعلوم، و إن كان هو قسما مستقلا برأسه لا- يدخل فى موضوع أحدهما، بل لو فرض حكم من أحكام ملك اليمين المخالفه لمقتضى الأصل و ليس فى أدلته ما يفهم منها شمول التحليل و لو بمعونه

١- ١ سورة المؤمنون: ٢٣- الآيه ٦.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣١- من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

الإجماع أشكال ثبوته لوطء التحليل، لعدم اندراجه فى موضوعه.

و لعل من ذلك تحريم المملوكه على الأب بالاستمتاع بها بنظر و تقبيل و لمس و نحو ذلك مما عرفته سابقا بالنصوص (١).

الداله عليه، فان ثبوته للمحلل لا- يخلو من إشكال، اللهم إلا- أن يفهم من تلك أن ذلك و نحوه نزله الشارع منزله لوطء فى تسبب التحريم، كما هو المفهوم من تلك النصوص التى قدمنا الكلام، و الغرض أن الضابط ما عرفت.

و ربما كان هذا الاستقراء تاما فى سائر الأفراد، فلاحظ و تأمل كى تعرف الحال فى تحليل المسلمه للكافر، فإنه غير جائز للمنع منه فى سائر أقسامه، و كذا تحليل المؤمنه للمخالف، فان فيه البحث السابق، و أما العكس و هو تحليل الكافره للمسلم و المخالفه للمؤمن فإنه جائز على الوجه الذى قدمناه فى محله الذى منه يعرف الحال فى الوثنيه و الناصبيه المعلنه بعداوه أهل البيت عليهم السلام و غير ذلك من أقسام الكفار الممنوع و طؤهن بالملك و غيره.

و على كل حال فمما يتفرع على ما ذكرنا عدم حرمة المحلله للأب قبل الوطء على الابن، لعدم اندراجها فيما نكح الأب لا وطأ و لا عقدا، لما عرفت من عدم دخول التحليل فى النكاح بمعنى العقد، و لا محلله الابن من دون و طء على الأب، لعدم اندراجها فى الحليله المراد منها الزوجه هنا و لو للانصراف، لا مطلق ما يحل و طؤها و إلا لحرمت عليه بالملك، فهو حينئذ فى هذا الحكم كملك اليمين، و كذا غيره من الأحكام، و الحرمة بالوطء لظهور الأدله بل صراحتها فى تسببه التحريم بأى سبب كان، لا لكون التحليل ملك يمين، و هكذا الكلام فى غير ذلك من الأحكام المتعلقة بالمصاهره و غيرها، كالتحليل على ذات العده و غيرها.

بل منه يعلم الوجه فيما ذكره المصنف بقوله و فى تحليل أمته لمملوكه روايتان إحداهما المنع، و هى

صحيح ابن يقطين (٢)

«إنه سأل الكاظم عليه السلام

١- ١ الوسائل الباب- ٣- من أبواب ما يحرم بالمصاهره.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣٣- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٢.

عن المملوك يحل له أن يطاء الأمة من غير تزويج إذا أحل له مولاه، قال:

«لا تحل له»

و يؤيدها أنه نوع تمليك و العبد بعيد عن التملك، و الأخرى الجواز إذا عين له الموطوءه و هي

خبر فضيل مولى راشد (١) قلت لأبى عبد الله عليه السلام:

«لمولى فى يدى مال فسألته أن يحل لى ما أشتري من الجوارى، فقال: إن كان يحل لك إن أحل لك فهو حلال، فسألته أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك فقال: إن أحل لك جاريه بعينها فهى لك حلال، و إن قال: اشترى منهن ما شئت فلا تطأ منهن شيئاً إلا ما يأمرك إلا جاريه يراها، فيقول: هى لك حلال، و إن كان لك أنت مال فاشترى من مالك ما بدا لك»

المؤيد بما فى صحيح السراد (٢)

المتقدم آنفا القائل فيه ردها بغير نكاح، و بالنصوص المستفيضه (٣)

الداله على جواز تسرى العبد ما شاء من الإماء بإذن مولاه، المعلوم إرادته التوكيل فى تحليل ذلك له عن مولاه، بناء على عدم ملكيه العبد و عدم جواز التحليل مع عدم التعيين.

و يؤيدها أيضا أنه أى التحليل نوع من الإباحه و للمملوك أهليه الإباحه و قد تقدم لك ما علمت منه أن الأخير أشبه بأصول المذهب و قواعده و أصح، ضروره عدم كون التحليل من الملك الممنوع منه العبد، و أدلته شامله للعبد و غيره، بل استحقاق الانتفاع بالبضع بالعقد أتم فى مجازيه الملك من هنا، و دعوى الفرق - بأن الانتفاع هناك من لوازم العقد و هنا مورده، فهو كما لو قال: «وهبتك بضع الجاريه» أو «ملكنتك إياه» و العبد غير قابل لذلك، و من هنا بنى بعضهم المسأله على كون التحليل عقداً أو ملك يمين، و أن العبد مما يملك ما يملكه مولاه أولاً - و اضحه الفساد، للقطع بالجواز على كل تقدير، فإن القائل بكونه ملكاً هنا لا يريد منه الملك الممنوع منه العبد، بل المراد منه الاستحقاق،

١-١ الوسائل الباب - ٣٣- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب - ٤٥- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ١ و هو صحيح السراد عن محمد بن مسلم كما فى التهذيب ج ٧ ص ٣٤٦ الرقم ١٤١٧.

٣-٣ الوسائل الباب - ٢٢- من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

أو أن له أحكام ملك اليمين على الوجه الذى قدمناه، ضروره أنه لا عين و لا منفعه، فالخبر المزبور محمول على التقيه أو على إرادته عدم النكاح له بمجرد الاذن من مولاه، بل لا بد من إيجاد العقد على من يريد نكاحها من أمه الغير مثلا أو على غير ذلك.

و كيف كان فعلى القولين لا بد له من قبول، لكونه عقدا عليهما، و من أركان العقد القبول و عدم ذكر المعظم له اتكالا على الظهور، و لأنه لا يختلف ألفاظه بالنسبه إلى سائر العقود، و إنما المختلف ألفاظ الإيجاب، و لذا اقتصرنا هنا على التعرض له، مع أن قولهم: «هل هو عقد أو تمليك؟» كاف فى ذلك، ضروره معلوميه كون التمليك من العقود، و أنه ليس من قسم الإيقاعات، فالمراد حينئذ ما صرح به غير واحد من الأصحاب كالمحقق الثانى و الشهيد الثانى و الفاضل الهندى و غيرهم أنه عقد نكاح أو عقد تمليك.

فما عن الصيمرى - من عدم الحاجه إلى القبول حاكيا له عن إطلاق الأكثر بل ربما كان ذلك سببا لغرور بعض الأفاضل فحكم بذلك محتجا بظهور النصوص أنه من قسم الإباحات التى لا تحتاج إلى التعاقد - واضح الفساد، فان النصوص فى سائر العقود خاليه عن التعرض لألفاظ العقد للمعلوميه، و من هنا لم يكن إشكال عند الفقهاء فى العقديه فى سائر المقامات، و كأن المسأله من الواضحات، فلا يكفى حينئذ مجرد إنشاء التحليل و الإباحه عن مراعاة التعاقد، بل ظاهر الأصحاب هنا معاملة هذا العقد - و إن كان من العقود الجائزه - معاملة العقود اللازمه فى التعرض لضبط ألفاظه و عدم الاكتفاء بأى لفظ اتفق و مراعاة كيفيه العقد فى فوريه القبول و غيرها، و لعله لكونه متعلقا بالفرج المطلوب فيه الاحتياط، و أنه ليس كغيره من الأموال.

و لقد فتح هذا المتوهم بابا لتشنيع المخالفين أعظم مما افتروه علينا: من جواز عاريه الفروج حتى للأحرار، إذ الإباحه ليست من العقود أصلا فضلا عن أن تكون

عقد عاريه، و جميع ذلك اشتباه و توهم، فان الفروج لا تحل عند الشيعة بنحو ذلك كما صرح به المرتضى و ابن إدريس و المحقق الثانى و غيرهم، بل هو صريح جميع الأصحاب، كما لا يخفى على من لاحظ تعرضهم لضبط ألفاظه، و جواز عقده ببعضها و عدمه، و لاعتبار الهيئه و غيرها مما هو جار على حسب ما تعرضوا لغيره من العقود اللازمه، و الله العالم.

و كيف كان فلا إشكال فى أنه يجوز تحليل المدبره و أم الولد لعدم خروجهما بذلك عن الملك المقتضى لاندراجهما فى النصوص، نعم ليس له ذلك فى المكاتبه و خصوصا لو ملك بعضها بأن أدت بعض ما عليها على وجه يكون به بعضها حراف انه حينئذ إذا أحلته نفسها لم تحل بذلك، و كذا الحال فى كل مبعوضه، لما عرفته سابقا من عدم جواز تحليل الحره نفسها، و عدم التبويض فى أسباب النكاح، و لا يرد أنها لو كانت مشتركه بين اثنين مثلا فأحلها الشريك لشريكه، فإنه على ما قيل تحل بذلك، بل قد عرفت فيما مضى أنه الأصح، لعدم التبويض فيه، بناء على أن التحليل ملك يمين و إن كان للمنفعه، فإن سبب الوطاء حينئذ متحد النوع.

و (١١) حينئذ ف الفرق أنه ليس للمرأة الحره أن تحل نفسها (١٢) لما علمت أن التحليل مختص بالإماء بخلاف الأمه، فإن لسيدها تحليلها، أو للصحيح (١)

المتقدم سابقا المصرح فيه بالحكمين كما عرفته سابقا، بل هو العمده فى الجواز كما أنه لا يرد جواز العقد من الشريكين على الأمه المشتركه للأجنبى مع عدم تأثير العقد من كل منهما إلا فى البعض المملوك فيه، ضروره عدم كون ذلك تبعضا فى سبب النكاح بعد فرض كونه عقدا منهما بوكاله ثالث أو أحدهما الآخر أو إجازته بعد أن كان مورد العقد الجميع، نعم لو قال كل منهما: «زوجتك حصتى» أو «أحللتها لك» فى القواعد إشكال، و لعله من أن تحليل كل منهما إنما يتعلق حقيقه بحصته، فالإطلاق إنما يعتبر لانصرافه إليه، فالصريح به أولى بالصحه، و من

ظهور الأدله فى كون مورد العقد الكل دون البعض، بل لا يؤثر فيه صحه حتى يقارنه التأثير بالبعض الآخر بلفظ واحد، و من أن الوطء لا- يتبعض، و الإحلال مثلا- إنما يتعلق به حقيقه، و إن أريد بالحصه الحصه من الرقبه حصل الشك فى الحل من كونه مجازا فى إحلال الوطء و إن كان فى الأخيرين ما لا يخفى، و لا ريب أن الأحوط عدم العقد بهذه الكيفيه إن لم يكن الأقوى، خصوصا مع التعاقب فى القبول، و الله العالم، هذا كله فى الصيغه و ما يتبعها.

[أما الحكم فيه مسائل]

[المسأله الأولى يجب الاقتصار على ما تناوله اللفظ]

و أما الحكم ف فيه مسائل:

[المسأله الأولى يجب الاقتصار على ما تناوله اللفظ]

الأولى يجب الاقتصار على ما تناوله اللفظ الكاشف عن إرادته اللافظ حقيقه أو مجازا بالقرائن المقاليه و الحالیه التى منها ما شهد الحال بدخوله تحته فى الإراده على حسب غيره من العقود، بل الظاهر أنه مثلها أيضا فى دخول التوابع فى الحكم و إن لم يستحضرها العاقد حال إنشائه، بل و لا هى من لوازم معنى اللفظ الذى هو متعلق العقد، نحو ثياب العبد و رحل الدابه و بعض مرافق الدار و نحو ذلك مما هى قطعاً ليست من مدلولات اللفظ، و لكن بيع الدار مثلا يتبعه بيع ذلك عرفا على وجه لو نبهته عليه لأدخله فكذلك هنا ما كان من هذا القبيل أيضا.

و على كل حال فلو أحل له التقبيل اقتصر عليه و على اللمس المتوقف تحقق التقبيل عليه و كذا لو أحل له اللمس أو النظر اقتصر عليهما فلا يستبيح الوطء الذى هو غير داخل فى شىء منها لا حقيقه و لا مجازا و لا تبعاً و الأصل حرمه التصرف فى مال الغير بغير إذنه، نعم لو أحل له الوطء حل له ما دونه من ضروب الاستمتاع للفهم العرفى المؤيد ب

قول الصادق عليه السلام فى خبر ابن عطيه (١): «إذا أحل الرجل للرجل من جاريته قبله لم يحل له غيرها، و إن أحل له الفرج حل له جميعها»

مع أن الظاهر حليه ذلك ما لم يصرح بالمنع فيما زاد على ما يتوقف عليه تحقق الوطء، و إلا كان التحليل مقتصرا عليه أيضا، لإطلاق

النصوص أنه ليس له إلا ما أحل له،

قال فضيل بن يسار (١): «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جعلت فداك إن بعض أصحابنا قد روى عنك أنك قلت: إذا أحل الرجل لأخيه جاريته فهي له حلال، فقال: نعم يا فضيل، قلت: فما تقول في رجل عنده جاريه له نفيسه و هي بكر أحل لأخيه ما دون فرجها إله أن يفتضها؟ قال: لا ليس له إلا ما أحل له منها، و لو أحل له قبله منها لم يحل له ما سوى ذلك، قلت:

أ رأيت إن أحل له ما دون الفرج فغلبته الشهوه فافتضها؟ قال: لا- ينبغي له ذلك، قلت: فان فعل أ يكون زانيا؟ قال: لا، و لكن يكون خائنا، و يغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكرا، و إن لم تكن بكرا فنصف عشر قيمتها»

و في خبر هشام ابن سالم و حفص بن البختري (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام «في الرجل يقول لامرأته أحلى لي جاريتهك فإنني أكره أن تراني متكشفا، فتحلها له، قال: لا يحل منها إلا ذاك، و ليس له أن يمسه و لا أن يطأها» بل زاد فيه هشام «أ له أن يأتيها؟ قال:

لا يحل له إلا الذي قالت»

إلى غير ذلك من النصوص (٣)

التي مضى بعضها أيضا المتفق في الدلالة على ذلك.

و حينئذ ف لو أحل له الخدمه المتوقفه على عقد التحليل للاحتياج إلى لمس و نظر و نحوهما لم يجوز له أن يطأ، و كذا لو أحل له الوطء لم يستخدم من غير إشكال في شىء من ذلك نضا (٤)

و لا- فتوى، بل هو مقتضى أصول المذهب و قواعده ف لو وطأ مثلا مع عدم الاذن كان عاصيا قطعاً مع العلم بالتحريم و لزمه عوض البضع لمولاها عشر قيمه أو نصفه، كما تقدم الكلام فيه سابقا و في أرش البكاره و تقييده بجهلها أو إكراهها. و كان الولد رقا لمولاها بلا خلاف و لا إشكال في شىء من ذلك، لكونه نماء ملكه، و الفرض عدم العقد المقتضى لتبعيه الولد، و لا الشبهه، بل هو زان لا حق له في مائه، و لا

١- ١ الوسائل الباب- ٣٥- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣٥- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٤.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٣٥- من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٣٥ و ٣٦- من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

ينافى ذلك نفى الزنا عنه فى خبر فضيل (١)

المحمول على غير الفرض، و لو توهم الاذن أو الجهل بحرمه ذلك عليه أو على التجوز فى نفى الزنا عنه باعتبار كونها محلله له فى الجملة أو نحو ذلك.

هذا و قد يتوهم من نصوص الباب جواز التحليل لغير الوطاء لمتعددین فى زمان واحد، و خصوصا مع اختلاف المحلل صنفاً أو عضواً، كما لو أحل النظر مطلقاً لشخص و اللمس لآخر، أو أحل نظر الوجه لشخص و البطن لآخر، أو أحل النظر مثلاً لجماعه، إلا أن المعلوم من مذاق الشرع خلافه، بل يمكن دعوى معلوميه ذلك من الشريعة، كمعلوميه عدم البعيلين للامراه الواحده، و أنه لا فرق فى عدم جواز الاشتراك بين الوطاء و بين غيره من باقى الاستمتاعات.

و ربما كان فى تصريح بعضهم بصيروره المحلل و لو نظراً أجنبيه بالنسبه إلى السيد شهاده على ما ذكرنا، ضروره أولويه الأجنبي بالمنع منه، لعدم الاستصحاب فيه، بل هو مقتضى للحرمه فيه، بخلاف المالك الذى قد توقف فى حرمه ذلك عليه بتحليل الوطاء فضلاً عن غيره بعض متأخرى المتأخرين، بل المتجه عليه عدم جواز تحليل النظر إلى ما لا يجوز النظر إليه للأجنبي و إن لم يكن بشهوه إذا كانت محلله للغير و لو لمسا.

و كان إغفال الأصحاب لذلك، و نحوه اتكالا على ما ذكره فى عقد النكاح، و أنه مشترك معه فى ذلك، و فى تعيين المحلل و المحلل له، و الكمال فى المتعاقدين، و جواز التصرف فى المحلل و غير ذلك مما هو معلوم اعتباره فى النكاح و توابعه، قال فى جامع المقاصد عند البحث عن حرمه الأمه المزوجه على سيدها: «أما إذا أحل المملوكه لغيره فلم يتعرض المصنف لحكمها، و ينبغى أن يكون فى جميع الاستمتاعات كالمزوجه، لأن الاحتياط فى الفروج أشد من تجويز شىء من الاستمتاع لغير واحد» و قال فى المسالك: «الوجه فى ذلك- أى حرمه الأمه المزوجه على سيدها- أن وجوه الاستمتاع صارت مملوكه للزوج، فيحرم على غيره، لامتناع

حل الاستمتاع بالمرأه لأزيد من واحد شرعا، و فى معناها المحلله للغير بالنسبه إلى المالك مع كون التحليل متناولا للوطء» و هو و ان أوهم تقييده أخيرا بجواز الاستمتاع له إذا كان التحليل غير متناول للوطء، لكن ظاهر تعليقه الأول العموم، على أن ذلك منه للمالك، و هو غير التحليل لمتعديين و إن كان الذى يقوى فى النظر عدم الفرق بين المالك و غيره.

[المسأله الثانيه ولد المحلله حر]

المسأله الثانيه:

ولد المحلله للحر حر شرطها أو أطلق، تغليا لها و لعموم الأخبار (١)

بتبعيه الولد للحر من الأبوين، و خصوص

صحيح زراره (٢) قال الباقر عليه السلام: «الرجل يحل لأخيه جاريتيه قال: لا بأس به، قال: قلت: فإنها جاءت بولد، قال: يضم إليه ولده، و يرد الجارويه إلى صاحبها، قلت: إنه لم يأذن له فى ذلك، قال: إنه قد أذن له و هو لا يأمن أن يكون ذلك»

و نحوه الصحيح الآخر (٣)

بل

فى الحسن أو الصحيح (٤) أيضا «الرجل يحل جاريتيه لأخيه و حره أحلت جاريتها لأخيها، قال: يحل له من ذلك ما أحل له، قلت: فجاءت بولد، قال: يلحق بالحر من أبويه»

و الخبر (٥)

«عن الرجل يقول لأخيه: جاريتى لك حلال، قال: قد حلت له، قلت: فإنها ولدت، قال: الولد له و الام للمولى، و إنى أحب للرجل إذا فعل ذا بأخيه أن يمن عليه فيهبها له»

يعنى إذا جاءت بولد.

١- ١ الوسائل الباب- ٣٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

٢- ٢ أشار إليه فى الوسائل الباب- ٣٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٤ و ذكره فى التهذيب ج ٧ ص ٢٤٧ و الاستبصار ج ٣ ص ١٣٩ و الكافى ج ٥ ص ٤٦٩ و الفقيه ج ٣ ص ٢٩٠.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٣٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٤.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٣٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٧.

٥-٥ الوسائل الباب-٣٧- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ٦.

ثم إن شرط الحرية مع لفظ الإباحه فالولد حر و لا سبيل على الأب بلا خلاف و إن لم يشترط قيل و القائل الشيخ فى غير خلافه يجب على أبيه فكه بالقيمه، بل هو المحكى عن الصدوق أيضا. و قيل و القائل المشهور شهره عظيمه، و فيهم من لا يعمل إلا بالقطعيات لا يجب و هو مع كونه كذلك أصح الروايتين و إن كانت الأخرى أيضا صحيحه، ك

صحيح ضريس بن عبد الملك (١)

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل يحل لأخيه فرج جاريتيه و هى تخرج فى حوائجه، قال: هو له حلال، قلت: فان جاءت بولد منه ما يصنع به؟

فقال: هو لمولى الجاربه إلا أن يكون قد اشترط على مولى الجاربه حين أحلها له إن جاءت بولد فهو حر، قلت: فيملك ولده، قال: إن كان له مال اشتراه بالقيمه»

وصحيح الحسن بن زياد العطار (٢)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عاربه الفرج، فقال:

لا بأس، قلت: فان كانت أتت منه بولد، فقال: لصاحب الجاربه إلا أن يشترط عليه»

وروايه إبراهيم بن عبد الحميد (٣) عن أبى الحسن عليه السلام «فى امرأه قالت لرجل: فرج جاريتى لك حلال، فوطأ فولدت ولدا، قال: يقوم الولد عليه بقيمته»

نعم ناقش فى المسالك فى سندها، لكن يدفعها صحه الأولى بطريق الصدوق و أحد طريقى الشيخ و النص على توثيق الحسن بن زياد العطار.

بل يمكن الجمع بينها و بين الأولى بحمل تلك على صوره الاشتراط أو على الفك بالقيمه، مؤيدا بإمكان الفرق بين عقد النكاح و التحليل بكون ذلك عقد نكاح يقتضى التشريك فى النماء بخلاف التحليل الذى هو بمنزله الإباحه و رفع المنع الذى لا يرفع مقتضى قاعده تبعيه نماء الملك لملكه، إلا أنه لما كان الجمع مشروطا بالمعادله المفقوده هنا- للشهره العظيمه بين الأصحاب المؤيده بما سمعته سابقا من تبعيه الولد لأشرف الأبوين نضا (٤)

و فتوى التى لا فرق فيها بين عقد النكاح و غيره بعد

١- ١ الوسائل الباب- ٣٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمامه الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمامه الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٣٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمامه الحديث ٥.

فرض كون الوطاء صحيحا و لو شبهه، بل فى نصوص المسأله الإشاره إلى أن المقام فرد من أفرادها، مضافا، إلى بناء الحره على التغليب و السرايه و إلى ما فى هذه النصوص من الاختلاف فى الجملة باعتبار دلالة بعضها على كونه رقا و آخر على الحره مع غرامه الأب قيمته، بل كلام الخصم أيضا غير محرر بالنسبه إلى ذلك- عمل المشهور على تلك الأخبار، و أطرحوا هذه النصوص، أو حملوها على استحباب دفع قيمه من الأب أو غير ذلك، و لعله الأقوى و الله العالم.

[المسأله الثالثه لا بأس أن يطاء الأمه و فى البيت غيره]

المسأله الثالثه:

لا بأس أن يطاء الأمه و فى البيت غيره يراه أو يسمعه و إن كره ذلك فى الحره، للأصل و انحطاط رتبته عنها، و

صحيح ابن أبى يعفور (١) عن الصادق عليه السلام: «فى الرجل ينكح الجاريه من جواريه و معه فى البيت من يرى ذلك و يسمعه، قال: لا بأس»

بعد القطع بعدم الفرق بين المملوكه و غيرها، و ظهور إرادته عدم الكراهه من نفى البأس هنا و لو بقريته معرفه السائل و نقصانه (٢) و أنه لا- يسأل عن أصل الجواز المعلوم فى الحره فضلا عن الأمه، و إنما سؤاله عن الكراهه الثابته فى الحره و لكن مع ذلك للتسامح فى الكراهه و مطلوبيه الحياء للشارع و التستر فى هذا الأمر قال فى كشف اللثام: «لا يبعد القول بالكراهه، لعموم النهى (٣)

عن الوطاء و فى البيت صبى يراهما و يسمع نفسيهما» و هو محتمل لإمكان حمل الصحيح على نفى الشده خصوصا بعد

الخبر (٤)

«لا يجامع الرجل امرأته و لا جاريته و فى البيت صبى»

و الأمر سهل.

١- ١ الوسائل الباب- ٧٥- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.

٢- ٢ هكذا فى النسخه الأصلية المبيضة، و فى المسوده التى هى بخط المصنف طاب ثراه «و فقاهاته» و هو الصحيح.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٦٧- من أبواب مقدمات النكاح.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٦٧- من أبواب مقدمات النكاح الحديث- ١.

و كذالاً بأس أن ينام بين أمتين ل

مرسل ابن أبي نجران (١)

«إن أبا الحسن عليه السلام كان ينام بين جارتين»

و إن كان يكره ذلك في الحره عند المشهور بين الأصحاب احتراماً لهن بالتجنب عن إيذائهن، لكن

في الخبر (٢)

«لا بأس أن ينام الرجل بين أمتين و الحرتين، إنما نساؤكم بمنزله اللعب»

و من أجله وسوس بعض متأخري المتأخرين فيها، لكن التسامح في أدلتها سهل الخطب فيه.

و يكره أيضاً وطء الأمه الفاجره بالملك و العقد، للعار، و حذراً من اختلاط المائين، و مخالفه ظاهر الآيه (٣) و

في خبر محمد بن مسلم (٤)

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن الحبشيه يتزوجها الرجل، قال: لا و إن كان له أمه و طأها، و لا يتخذها أم ولد».

بل و يكره له وطء من ولدت من الزنا و إن كانت هي عفيفه، للعيب، و لأنها لا تفلح، و

خبر الحلبي (٥) عن الصادق عليه السلام «سئل عن الرجل يكون له الخادم ولد زنا عليه جناح أن يطأها، قال: لا و إن تنزه عن

ذلك فهو أحب إلي»

و حسن ابن مسلم (٦) عن أحدهما عليهما السلام «في رجل يشتري الجاربه و يتزوجها بغير رشده و يتخذها لنفسه، قال: إن لم

يخف العيب على نفسه فلا بأس»

بل عن ابن إدريس تحريم وطئها لكفرها، و فيه منع تقدم في محله.

و بالجمله فلا ريب في دلالة فحوى هذه النصوص على مرجوحه وطء الزانيه

١-١ الوسائل الباب- ٨٤- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٣.

٢-٢ الوسائل الباب- ٨٤- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.

٣-٣ سورة النور: ٢٤- الآيه ٣.

٤-٤ الوسائل الباب- ١٤- من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ٢ و الباب- ٦٠- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١ و

فى الموضوعين: «الخبيثه يتزوجها الرجل. كما فى الكافى ج ٥ ص ٣٥٣.

٥-٥ الوسائل الباب-١٤- من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ٥.

٦-٦ الوسائل الباب-١٤- من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ٤ «إن لم يخف العيب على ولده».

خبر الحسين بن أبي العلاء (١) المروى عن خرائج الراوندى قال: «دخل على أبي عبد الله عليه السلام رجل من أهل خراسان فقال: إن فلان بن فلان بعث معى بجاريه و أمرنى أن أدفعها إليك، قال: لا حاجه لى فيها، إنا أهل بيت لا يدخل الدنس بيوتنا، قال: لقد أخبرنى أنها ربيبه حجره، قال: لا خير فيها، فإنها قد أفسدت، قال: لا علم لى بهذا، قال: أعلم أنه كذا»

بل

فى خبر آخر عنه (٢)

«أنه لما دخل عليه الرجل من خراسان قال له: ما فعل فلان؟ قال: لا علم لى به، قال: أنا أخيرك به، بعث معك بجاريه لا حاجه لى فيها، قال: و لم؟ قال: لأنك لم ترقب الله فيها حيث عملت ما عملت ليله نهر بلخ، فسكت الرجل، و علم أنه علم بأمر عرفه».

[المسأله الرابعه لا يشترط فى التحليل تعيين المده]

المسأله الرابعه لا يشترط فى التحليل تعيين المده، للأصل و إطلاق النصوص (٣)

خلافًا للمحكى عن المبسوط، و لا- وجه له، و لا- ذكر مهر، كما أنه لا نفقه لها، بل لا سلطان له عليها لا ليلا و لا نهارا إلا بإذن السيد، بخلاف الأمه المزوجه، ففى القواعد إن عليه تسليمها للزوج ليلا- و له استخدامها نهارا، و كأنه لأنه إنما ملكه الانتفاع ببضعها فيبقى له الاستخدام، و الغالب فى زمانه النهار، كما أن الغالب فى زمان الأول الليل، و لذا بنى عليه القسم، فلو أراد أحدهما عكس ماله لم يلزم الآخر إجابهته و كذا لو آجرها للاستخدام، فان عليه تسليمها نهارا، و له الاستمتاع بها ليلا، فلو أراد أحدهما الاستبدال لم يلزم الإجابة، و قد وافقه على ذلك شارحاه: المحقق الثانى و الفاضل الهندى.

بل فيها أيضا «أنها لو كانت محترفه و أمكنها ذلك فى يد الزوج ففى وجوب تسليمها إليه نهارا لو أرادته إشكال» بل فى الشرحين أقربه و أصححه عدمه، لأن

١- ١ الوسائل الباب- ٦٣- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٦٣- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٣١- من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

التزويج لم يقتض إلا التسليم ليلا و ربما بدا للسيد استخدامها نهارا، بل في الثلاثة أيضا أن للسيد أن يسافر بها و لعله لسبق حقه، و لأنه مالك للرقبه و إحدى المنفعتين، فكان جانبه أقوى، نعم لو أراد الزوج السفر معها ليصحبها ليلا لم يكن له منعه، لأن ذلك حق ثابت له، لكن لا نفقه لها و إن تمكن منها نهارا ما لم يكن السفر برضاه، فإنه يكون بمنزله سفره بها، كما في الثلاثة أيضا أن الأقرب تسلط الزوج على إخراجها من دار السيد ليلا لو أراد، حتى أنه لو بذل لهما بيتا في داره لم تجب على الزوج إجابته.

و فيها أيضا أن النفقه إنما تجب على الزوج في الحضر لو تسلمها ليلا و نهارا، أما لو تسلمها ليلا فقط فالأقرب كما عن المبسوط عدم وجوب شيء منها لعدم التمكين التام، و يحتمل وجوب الكل، ككون التخلف بحق كالحيض و المرض، و نصف النفقه أو نفقه الليل خاصة.

و في القواعد أيضا «أنه لو قتلها السيد قبل الوطاء ففي سقوط المهر نظر أقربه العدم، كما لو قتلها أجنبي أو قتلت الحره نفسها» و في جامع المقاصد احتمال السقوط حتى في الأخيرين أيضا بل عن المبسوط إسقاطه في الأخير، كما أن سقوطه بقتل الأجنبي الأمه قول، لكونها حينئذ كتلف المبيع قبل قبضه.

لكن لا يخفى عليك ما في الجميع، و عدم انطباقه على ما عند الإماميه من حرمة القياس و الاستحسان و المصالح المرسله و نحو ذلك من القول بالرأى، و من هنا خلت عن هذه الأحكام معظم كتب الأصحاب، و انما وجدتها في كتب العامه كالاسعاد و نحوه، بل أكثرها فيها من الخرافات، و خصوصا في تحرير الوقت من الليل الذي يجب تسليمها فيه.

و لعل العمده فيما ذكره الفاضل ما رواه

الراوندى في المحكى في نوادره بإسناده (١)

عن موسى بن جعفر عن آبائه عليهم السلام «إن عليا عليه السلام قال: إذا تزوج الحر أمه فإنها تخدم أهلها نهارا و تأتي زوجها ليلا، و عليه النفقه إذا فعلوا ذلك»

بناء على كونه جامعا لشرائط الحجية، و لم يكن خارجا مخرج التقيه، و إلا- كان ذلك كله مشكلا، فان المتجه على أصول الإماميه جريان حكم الزوجه عليها، فيجب تسليمها حينئذ ليلا و نهارا، نعم يجوز للسيد الانتفاع بها فى كل منهما ما لم يعارض حق الاستمتاع بها، و ملك السيد لها لا يزيد على ملك الحره نفسها الذى قد انقطع بعقد التزويج الوارد على ذلك و المقتضى تسلط الزوج على زوجته فى جميع الأزمنه و الأمكنه، فإن الرجال قوامون على النساء، و هن حرث لهم، فليأتوا حرثهم أنى شاؤوا.

بل الظاهر عدم جواز سفر السيد بها بدون إذن الزوج بخلاف العكس، و ملك الرقبه لا ينافى ذلك، فإنها أمانه فى يد الزوج كالعين المستأجره، فإن لم يأمنه تولى هو حفظها و لو بالسفر معها على وجه لا يمنع استمتاع الزوج.

و بذلك يظهر وجوب تمام نفقتها عليه، كما هو مقتضى إطلاق الأدله المقتضى وجوب تسليمها إليه، لمعلوميه كون النفقه عوضا عن الاستمتاع، اللهم إلا- أن يدعى أن بناء نكاح الأمه على ذلك، أى على الاستحقاق ليلا على وجه يكون كالشرط، و إلا لم ينطبق شىء من ذلك على أصولهم.

كما أنه لا ينطبق عليها سقوط المهر بالقتل الذى هو ليس من أسباب الفسخ للعقد المقتضى لوجوب المهر، و النكاح ليس من المعاوضات المحضه فضلا عن أن يكون كالباع حتى يشاركه فى حكم التلف قبل القبض، نعم بناء على سقوط المهر بالموت قبل الدخول للنصوص (١)

التي تسمعها و تسمع الكلام فيها فى محله يتجه هنا ذلك، لا للقتل من حيث كونه قتلا فتأمل جيدا كى تعرف الحال فيما ذكره العامه أيضا من حكم تزويج العبد باذن سيده، فإنهم أيضا قد ذكروا فيه أيضا ما يقرب مما سمعته، لكن المتجه على أصولنا عدم تسلط السيد عليه، حيث يجب عليه الوطاء و القسم و نحوهما، أما مع عدم شىء منهما فللسيد منعه و استخدامه ليلا و نهارا، فإن الإذن

بتزويجه لا تقتضى رفع اليد عنه ليلا على وجه تستحقه الزوجه مطلقا، اللهم إلا أن يستفاد من فحوى ما سمعته فى الأمه بناء على ثبوت الحكم فيها، والله العالم.

[و يلحق بالنكاح النظر فى أمور خمس]

[النظر الأول ما يردّ به النكاح]

[المقصد الأول فى العيوب]

و يلحق بالنكاح النظر فى أمور خمس:

الأول ما يردّ به النكاح و هو يستدعى بيان ثلاثه مقاصد

[المقصد الأول فى العيوب]

الأول فى العيوب و هى إما فى الرجل و إما فى المرأة، فعيوب الرجل المتفق على الفسخ بها ثلاثه بل أربعه الجنون و الخصاء و العنز و الجب فالجنون الذى هو مرض فى العقل يقتضى فساد و تعطيله عن أفعاله و أحكامه و لو فى بعض الأوقات، من الجنان أو الجن بالكسر أو الجن بالفتح، فالمجنون من أصيب جنانه أى قلبه، أو أصابته الجن، أو حيل بينه و بين عقله فستر عقله، نعم لا عبره بالسهو الكثير السريع الزوال، و لا الإغماء الذى يكون عن هيجان المره أو غلبه المرض أو نحو ذلك مما لا يصدق معه اسم الجنون، و إلا- فلو فرض كونه على وجه يصدق عليه ذلك ترتب عليه حكمه، بل لعله داخل فى مفهومه لغه و إن خص فى العرف باسم آخر، حتى قيد الجنون بأن لا يكون فى عامه الأطراف فتور، و إليه يرجع ما عن الشيخ و ابن البراج من أن الجنون ضربان: أحدهما خنق و الثانى غلبته على العقل من غير حادث مرض، و هذا أكثر، و أيهما كان فالخيار لصاحبه، و إن غلب عقله المرض فلا- خيار، فإن برى ء من مرضه فلا- كلام، و إن زال المرض و بقى الإغماء فهو كالجنون لصاحبه الخيار، و كيف كان فالجنون فنون.

و على كل حال هو سبب لتسلط الزوجه الجاهله على الفسخ دائما

كان الجنون أو أدوارا للصدق إذا كان سابقا على العقد أو مقارنا له بلا- خلافا معتد به أجده فيه، بل الإجماع إن لم يكن محصلا، فهو محكى عليه، لنفى الضرر و الضرار و الغرور و التدليس و لفحوى خبر على بن أبي حمزه (١) الآتى فى المتجدد بعد التزويج بناء على أولويه غيره منه فى ذلك، قيل: و ل

صحيح الحلبي (٢)

«إنما يرد النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل»

و الذى عثرنا عليه فى الأصول عنه

عن أبى عبد الله عليه السلام أنه قال: «فى رجل يتزوج إلى قوم، فإذا امرأته عوراء و لم يبينوا له، قال: لا يرد، إنما يرد النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل، قلت:

أ رأيت إن كان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها؟ قال: لها المهر بما استحلت من فرجها، و يغرم وليها الذى أنكحها مثل ما ساق إليها»

و رواه

فى الكافى (٣)

«سألته عن رجل يتزوج إلى قوم، فإذا امرأته عوراء و لم يبينوا له، قال: يرد النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل»

و كان بناء الاستدلال على عدم تخصيص الوارد بالمورد، و لكن فيه أنه كذلك بعد معلوميه استقلال الجواب، و من المحتمل قراءه الفعل هنا بالمعلوم، فىكون الضمير فيه راجعا إلى الرجل، فلا يكون مستقلا، و لعله لذا لم يحكم الأكثر- كما ستعرف- بالخيار لها فى الجذام و البرص، نعم رواه

الشيخ فى موضع من التهذيب (٤)

«إنما يرد النكاح- إلى قوله:- و العفل»

من دون تقدم شىء آخر و تأخره، لكن من المعلوم أن ذلك من تقطيع الشيخ، لا أنه خبر مستقل للحلبى كما يومئ إليه اتحاد السند. و على كل حال فالاستدلال به لا يخلو من إشكال.

١- ١ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.

٢- ٢ ذكر صدره فى الوسائل الباب- ١- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٦ و ذيله فى الباب- ٢- منها الحديث ٥.

- ٣-٣ أشار إليه في الوسائل الباب -١- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٦ و ذكره في الكافي ج ٥ ص ٤٠٦.
- ٤-٤ التهذيب ج ٧ ص ٤٢٤-الرقم ١٦٩٣.

و منه يعلم أيضا ما فى الاستدلال عليه بأولويه ثبوته للمرأة فى الرجل من العكس الثابت نصا (١)

و فتوى كما ستعرف، لكون الرجل له طريق تخلص بالطلاق دونها فإنه يمكن منع القطع بها، خصوصا بعد

قول الصادق عليه السلام فى خبر عباد الضبى (٢) الآتى: «و الرجل لا يرد من عيب»

كما أن الواضح منع كونها من قبيل فهم حرمه مطلق الإيذاء من النهى عن التأفيف (٣).

و لعله لذا توقف فى الحكم بعض متأخرى المتأخرين، و خصه فى المتجدد دون السابق، قال: «و الظاهر أن الوجه فيه عدم صحه النكاح لو فرض قبل العقد، إلا أن يكون الجنون أدوارا و عقد فى حال الصحه، أو قلنا بجواز تزويج الولي فيه» لكن قد عرفت ما فيه مع فرض الصحه التى هى محل البحث و لو بالعقد من الولي حال كونه صغيرا مجنوناً: من أنه يكفى أولويته من الجنون بعده فى الحكم المزبور و الإجماع المحكى و غير ذلك.

بل الظاهر عدم الفرق فيه بعد صدق اسمه بين عقله أوقات الصلاه و عدمه، خلافا لظاهر المحكى عن ابن حمزه من تقييد الخيار بذلك مطلقا بل ربما حكى أيضا ذلك عن المبسوط و المهذب مشعرين بالإجماع عليه، كما عن الصدوق نسبته إلى الروايه (٤)

و لعله لدعوى توقف الصدق على ذلك، و فيها منع، و ما عن

الفقه المنسوب إلى الرضا عليه السلام (٥)

«إذا تزوج رجل فأصابه بعد ذلك جنون فبلغ منه مبلغا حتى لا يعرف أوقات الصلاه فرق بينهما، و إن عرفت أوقات الصلاه فلتصبر

١- ١ الوسائل الباب- ٢- من أبواب العيوب و التدليس.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٤- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢ عن عباد الضبى كما يأتى.

٣- ٣ سورة الإسراء: ١٧- الآية ٢٣.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٣.

٥- ٥ المستدرک الباب- ١١- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.

المراه، فقد ابتليت»

الذى هو بعد تسليم حجيته فى الجنون المتجدد، كالمرسى عن الفقيه، فإنه بعد أن روى خبر ابن أبى حمزه (١)

الآتى فى المتجدد قال:

«و روى فى خبر آخر (٢) أنه إن بلغ به الجنون مبلغا لا يعرف أوقات الصلاه فرق بينهما، فان عرف أوقات الصلاه فلتصبر المراه معه، فقد ابتليت»

و ستعرف تحقيق المسأله و على كل حال فلا ريب فى أن لها الخيار بالجنون السابق مطلقا.

بل و كذا المتجدد بعد العقد و قبل الوطء أو بعد العقد و الوطء بلا خلاف أجده فيه مع عدم عقل أوقات الصلاه، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، كما هو ظاهر غير واحد، بل مطلقا وفاقا لجماعه، لنفى الضرر و الضرار (٣)، و لإطلاق الصحيحين (٤)

بناء على دالتهما، و ل

خبر على بن أبى حمزه (٥)

«سئل أبو إبراهيم عليه السلام عن امراه يكون له زوج قد أصيب فى عقله بعد ما تزوجها أو عرض له جنون، قال: لها أن تنزع نفسها منه إن شاءت».

و خلافا للمحكى عن ابن بابويه و المفيد و الشيخ و بنى زهره و البراج و إدريس فقيده بما إذا كان لا يعقل معه أوقات الصلاه و إلا فلا خيار، بل فى الرياض نسبته إلى الأكثر، للأصل و المرسل (٦)

و الرضوى (٧)

و إليه أشار المصنف بقوله:

و قد يشترط فى المتجدد أن لا يعقل أوقات الصلاه و هو فى موضع التردد من إطلاق الخبر المزبور (٨)

المؤيد باستبعاد الفرق بين ما قبل العقد و بعده، خصوصا

١-١ الوسائل الباب-١٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب-١٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٣.

٣-٣ الوسائل الباب-١٢- من كتاب احياء الموات.

٤-٤ الوسائل الباب-١- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٤ و التهذيب ج ٧ ص ٤٢٤- الرقم ١٦٩٣ و ص ٤٢٦- الرقم ١٧٠١.

٥-٥ الوسائل الباب-١٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.

٦-٦ الوسائل الباب-١٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٣.

٧-٧ المستدرک الباب-١١- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.

٨-٨ الوسائل الباب-١٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.

إذا كان المستند فى الأول إطلاق النصوص (١)

الذى لا فرق فيه بين السابق و المتجدد، و من المرسل (٢)

المؤيد بالرضوى (٣)

و أصله اللزوم فىمن يعقل، و عدم الجابر لخبر ابن أبى حمزه بالنسبه إلى ذلك، بل الموهن محقق، بل لا بأس بتقييده بالمرسل المزبور المنجبر بفتوى الأ-كثر، و من هنا كان مختار بعض الأفاضل ذلك، لكن الذى يقوى فى النظر أنه لا خلاف فى المسأله أصلا، و إن كان أول من يوهم كلامه ذلك ابن إدريس فيما حكى عنه، كما أن أول من ظنه المصنف و تبعه الفاضل و من تأخر عنهما، إلا أن مراد الأصحاب بعدم عقله أوقات الصلاه، تحقق الجنون الذى يسقط معه التكليف، لا أنه تقسيم للجنون المسقط للتكليف إلى قسمين أحدهما ما يعقل و الآخر ما لا يعقل، و المسلط للخيار الثانى فى الثانى بخلاف السابق فإنه بقسميه مسلط للخيار، إذ هو كما ترى لا ينبغى صدوره من أصاغر الطلبة فضلا عن أساطين المذهب و قوامه.

و من ذلك يعرف عدم الفرق بين السابق و المتجدد كما سمعته عن ابن حمزه، بل و المبسوط و المهذب المشعرين بالإجماع عليه، و كأن من اقتصر على ذكر ذلك فى المتجدد اعتمد على ثبوته فى السابق بطريق أولى، لا لاختصاص الخيار به، و حينئذ يظهر لك من ذلك ما فى كثير من كتب الأصحاب المحرره لهذه المسأله.

ثم إن ظاهر الفتاوى بل كاد يكون صريح جامع المقاصد عدم الفرق فى هذا الحكم بين الدائم و المنقطع، و لا بأس به، بل قد يدعى شمول النص له، و الله العالم.

و أما الخضاء بالكسر و المد فهو سل الأئنين أى إخراجهما و فى معناه بل قيل منه الوجاء بالكسر و المد، و هو رضهما، فالمشهور بين الأصحاب أنه عيب تتسلط به الامراه الجاهله على الفسخ، لحديث الضرار (٤)

١-١ الوسائل الباب- ١ و ١٢- من أبواب العيوب و التدليس.

٢-٢ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٣.

٣-٣ المستدرک الباب- ١١- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.

٤-٤ الوسائل الباب- ١٢- من كتاب احياء الموات.

و خصوص المعتره المستفيضه ك

صحيح ابن مسكان (١)

«بعثت بمسأله مع ابن أعين، قلت: سله عن خصى دلس نفسه لامرأته فدخل بها فوجدته خصيا، قال: يفرق بينهما، و يوجع ظهره، و يكون لها المهر بدخوله عليها»

و فى روايه الكشى (٢)

«أنه كتب بذلك إلى الصادق عليه السلام مع إبراهيم بن ميمون»

والموثق (٣) عن أحدهما عليهما السلام «فى خصى دلس نفسه لامرأه مسلمه فتزوجها فقال: يفرق بينهما إن شاءت المرأه، و يوجع رأسه، و إن رضيت به و أقامت معه لم يكن لها بعد رضاها به أن تأباه»

و الآخر (٤) عنه عليه السلام «إن خصيا دلس نفسه لامرأه، قال: يفرق بينهما، و تأخذ المرأه منه صداقها، و يوجع ظهره كما دلس نفسه»

و صحيح على بن جعفر (٥) عن أخيه عليه السلام المروى عن قرب الاسناد «سألته عن خصى دلس نفسه لامرأه ما عليه؟

قال: يوجع ظهره، و يفرق بينهما، و عليه المهر إن دخل بها، و إن لم يدخل فعليه نصف المهر»

و ما

عن الفقه (٦) المنسوب إلى الرضا عليه السلام «و إن تزوجها خصى فدلس نفسه لها و هى لا تعلم فرق بينهما، و يوجع ظهره كما دلس نفسه، و عليه نصف الصداق، و لا عده عليها منه، فان رضيت بذلك لم يفرق بينهما، و ليس لها الخيار بعد ذلك»

لكن مع ذلك كله فعن المبسوط و الخلاف أنه ليس بعيب، لأنه يولج، بل ربما كان أبلغ من الفحل، لعدم فتوره إلا أنه لم ينزل، و هو ليس بعيب، إنما العيب عدم الوطاء، و فى كشف اللثام «و لعله يحمل الأخبار على من لا يتمكن من الإيلاج، و ليس ببعيد» و فيه أنه مناف لما فى أكثرها (٧)

من أخذ صداقها أجمع منه المشروط بالدخول المصرح به فى بعضها (٨)

نعم قد يقال: إن النصوص جميعها قد اشتملت على التدليس، و لعل خيارها من جهته، لا من حيث

- ٢-٢ الوسائل الباب-١٣- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٧.
- ٣-٣ الوسائل الباب-١٣- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.
- ٤-٤ الوسائل الباب-١٣- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢.
- ٥-٥ الوسائل الباب-١٣- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٥.
- ٦-٦ المستدرك الباب-١٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢.
- ٧-٧ الوسائل الباب-١٣- من أبواب العيوب و التدليس.
- ٨-٨ الوسائل الباب-١٣- من أبواب العيوب و التدليس الحديث-٣.

كونه عيباً، كما عساه يومئ إليه ما

فى بعضها (١)

«كما دلس نفسه»

الذى هو بمنزلة التعليل مؤيدا ذلك بأصالة اللزوم، و ما فى النص (٢)

الآتى من عدم رد الرجل بعب، اللهم إلا أن يقال: يكفى فى التدليس عدم أخباره بنفسه، بل لو لم يكن الخصاء عيباً لم يتحقق الخيار بتدليسه أيضاً فتأمل.

و لا إشكال فى الوجود مع فرض كونه فرداً منه و إن كان مشكلاً إلا أن يفهم التعليل من

قوله عليه السلام (٣): «كما دلس نفسه»

مع أنه بمعناه.

و منه يستفاد ثبوت الخيار حينئذ فى فاقد الأثنين خلقه و نحوه مما هو كالخصى.

و الموجوء إن يكن داخلاً فيهما.

نعم إنما يفسخ به أى الخصاء و ما فى معناه مع سبقه على العقد دون المقارن فضلاً عن المتجدد بعده و خصوصاً بعد الوطاء، للأصل و اختصاص النصوص به. و لكن مع ذلك فى المتن و غيره قيل تفسخ به و إن تجدد بعد العقد قبل الوطاء بل قيل و بعد الوطاء و مع أنه ليس بمعتمد لم نعرف دليلاً معتداً به له، و الله العالم.

و الثالث العنز و هو مرض تضعف معه القوه عن نشر العضو بحيث يعجز عن الإيلاج (١١) بل لا يبعد اندراج ما كان عن سحر موضوعاً أو حكماً كما فى كشف اللثام و غيره، و لعله المراد من بعض النصوص (٤)

الآتية المشتمله على أخذه الزوج بالضم التى هى على ما قيل رقيه كالسحر، و ربما ظهر من بعضهم اعتبار عدم شهوه النساء فيه، و فيه منع واضح.

و (١٢) لا إشكال فى أنه يفسخ به (١٣) العقد، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافاً إلى النصوص ك

خبر عباد الضبى أو غياث (٥) عن أبى عبد الله عليه السلام «فى العنين إذا علم أنه لا يأتى النساء فرق بينهما، فإذا وقع عليها دفعه واحده لم يفرق بينهما،

- ١-١ الوسائل الباب-١٣- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢.
- ٢-٢ الوسائل الباب-١٤- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢.
- ٣-٣ الوسائل الباب-١٣- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢.
- ٤-٤ الوسائل الباب-١٤- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٣.
- ٥-٥ الوسائل الباب-١٤- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢.

و الرجل لا يرد من عيب»

وصحيح أبي بصير (١)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأه ابتلى زوجها فلم يقدر على الجماع أ تفارقه؟ قال: نعم إن شاءت»

و عن ابن مسكان (٢) أنه قال: و عن حديث آخر «ينتظر سنه فان أتاها و إلا فارقته، و إن أحببت أن تقيم معه فلتقم معه»

والموثق (٣) عنه عليه السلام أيضا «أنه سئل عن رجل أخذ عن امرأته فلا يقدر على إتيانها، قال: إن كان لا يقدر على إتيان

غيرها من النساء فلا يمسكها إلا برضاها بذلك، و إن كان يقدر على غيرها فلا بأس بامساكها»

و نحوه خبر السكوني (٤)

و

صحيح الكناني (٥)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأه ابتلى زوجها فلم يقدر على الجماع أبدا أ تفارقه؟ قال: نعم: إن شاءت»

و خبر السكوني (٦) عن أبي عبد الله عليه السلام «قال أمير المؤمنين عليه السلام: من أتى امرأه مره واحده ثم أخذ عنها فلا خيار

لها»

و في محكي الفقيه و

في خبر آخر (٧)

«أنه متى أقامت المرأة مع زوجها بعد أن علمت أنه عنين و رضيت لم يكن لها خيار بعد الرضا»

وصحيح ابن مسلم (٨) عن أبي جعفر عليه السلام «العنين يتربص به سنه، ثم إن شاءت امرأته تزوجت، و إن شاءت أقامت»

و خبر غياث بن إبراهيم (٩) عن جعفر عن أبيه عليهما السلام «إن عليا عليه السلام لم يكن

١-١ الوسائل الباب-١٤- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.

١-٢ الوسائل الباب-١٤- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.

١-٣ الوسائل الباب-١٤- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٣.

١-٤ ليس في المقام لسكوني روايه إلا ما يذكرها بعد صحيح الكنانى الاتى، و قد ذكر فى الوافى ج ١٢ ص ٨٤ الباب-٨٨-

من أبواب النكاح بعد نقله موثق عمار ان السكونى روى عن أبى عبد الله عليه السلام مثله فى الفقيه، و الظاهر أنه سهو من قلمه الشريف أو من النساخ إذ لم نعثر فى الفقيه عليها كما لم نجدها فى الكافى و التهذيب و الاستبصار.

٥-٥ الوسائل الباب-١٤- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٦.

٦-٦ الوسائل الباب-١٤- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٤.

٧-٧ الوسائل الباب-١٤- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١٠.

٨-٨ الوسائل الباب-١٤- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٥.

٩-٩ الوسائل الباب-١٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢ و فيه «و يرد من العسر» كما فى التهذيب ج ٧ ص ٤٣٣-

الرقم ١٧٢٥ الا ان الموجود فى الوافى ج ١٢ ص ٨٤ الباب-٨٨- من أبواب النكاح نقلا عن التهذيب «من العنن»

يرد من الحمق، و يرد من العنن»

و خير أبى البخترى (١) عن أبى جعفر، عن أبيه عليهما السلام «إن عليا عليه السلام كان يقول: يؤخر العنن سنه من يوم مرافعه امرأته، فإن خلص إليها، و إلا فرق بينهما، فإن رضيت أن تقيم معه ثم طلبت الخيار بعد ذلك فقد سقط الخيار و لا خيار لها»

إلى غير ذلك من النصوص الداله عليه منطوقا و مفهوما الظاهره فى أن لها الفسخ به و إن تجدد بعد العقد كما هو المعروف بين الأصحاب، بل لا أجد فيه خلافا منا، بل الإجماع بقسميه عليه، لإطلاق الأدله، بل لعله الفرد الظاهر المتجدد و لو بالاستصحاب.

فما فى جامع المقاصد- من أنه يلوح من عبارته المبسوط عدم ثبوت الخيار به، قال: «العيب الحادث بالزوج بعد العقد، فكل العيوب تحدث فيه إلا-العنن، فإنه لا يكون فحلا ثم يصير عينا عن نكاح واحد، و عندنا لا يرد الرجل من عيب يحدث به إلا الجنون»- فى غير محله، فان مراده بحسب الظاهر ما حكى عنه فى مقام آخر «إذا تزوج امرأه و دخل بها ثم عجز عن جماعها لم يحكم بأنه عنين، و لا تضرب له مده بلا خلاف من أنه لا عنن شرعى بعد الدخول و لو مره».

و على كل حال فلا- إشكال فى ثبوت الخيار بالمتجدد لكن بشرط أن لا يظأ زوجته و لا غيرها، فلو وطأها و لو مره ثم عن أو أمكنه وطء غيرها مع عننه عنها لم يثبت لها الخيار على الأظهر الأشهر، بل عن المبسوط و الخلاف نفى الخلاف فيه، للأخبار التى سمعتها المنجبره بما عرفت و لرجاء زواله حينئذ، خلافا للمحكى عن ابن زهره و ظاهر المفيد من تخييرها مطلقا مدعيا عليه أو لهما الإجماع الموهون بما سمعت، و للضرر و خير الكنانى (٢).

و ما شاببهه التى يمكن حملها على غيرها من الأخبار المقيده، فما فى المختلف من التوقف فى غير محله، كما أن فيما حضرنى من نسخه الرياض من نقل الشهره و غيرها كذلك، لظهور كونه خلافا فى النقل.

١- ١ الوسائل الباب- ١٤- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٩.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٤- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٦.

نعم الظاهر الاكتفاء بتحقيق العنن بالنسبه إليها حتى يعلم أنه يطاء غيرها، لا أنه لا بد من عرض على الغير حتى يعلم أنه عاجز عن وطء غيرها، و إن كان ربما يوهمه بعض النصوص السابقه نحو

قوله عليه السلام (١)

«إذا علم أنه لا يأتي»

و قوله عليه السلام (٢):

«إن كان لا يقدر»

إلى آخره لكن المراد العلم و لو بهذا الطريق، ضروره ظهور نصوص التأجيل فى فسحها عند انتهاء الأجل لمجرد عجزه عنها فى الأجل مع عدم العلم بحاله فى غيرها، و حيثئذ لا يقدر فيما ذكرنا دعوى دخول العجز عن وطء أحد فى مفهوم العنن.

كما أن الظاهر اعتبار عدم وطئها و لو مره، فلا يسقط خيارها بوطء غيرها بعد عقدها ثم اعتراه العنن بعد الخلوه بها أو قبله، فان النصوص السابقه إنما أسقطت خيارها بوطئها و لو مره، لا مطلق الوطاء و إن كان القول به لا يخلو من وجه بل قوه.

و على كل حال فما عن ظاهر المفيد من ثبوت الخيار بالعجز عن وطئها و إن تمكن من وطء غيرها مناف لأصالة اللزوم، و للإجماع المحكى إن لم يكن المحصل، و لما سمعته من بعض النصوص التى لا ينافيها إطلاق بعضها المحمول عليها أو المبنى على ما أوأنا إليه سابقا من تحقيق العنن بالعجز عنها و عدم العلم بإمكان وطء غيرها، و لعل هذا هو مراد المفيد، و إلا كان محجوجا بما عرفت.

بل و كذا يسقط خيارها لو وطأها بعد العقد دبرا و عن قبلا لارتفاع العنن حيثئذ و لاندراجه فى النصوص (٣)

السابقه حيثئذ بناء على ما سمعته من جواز الوطاء فى الدبر

«فإنه أحد المأئين» (٤)

أما بناء على عدم جوازه فيشكل اندراجه فيها فتبقى الإطلاقات المقتضيه للخيار حيثئذ سالمه عن المعارض،

١- ١ المتقدم فى ص ٣٢٤ الرقم ٥ و ص ٣٢٥ الرقم ٣.

٢- ٢ المتقدم فى ص ٣٢٤ الرقم ٥ و ص ٣٢٥ الرقم ٣.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٤- من أبواب العيوب و التدليس.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٧٣- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٧.

و لعله لذا قيد السقوط بذلك فى الروضه و المسالك، بل قد يحتمل ذلك على القول بالجواز أيضا بدعوى انسياق غيره من نصوص التقييد، فيبقى الإطلاق سالما كما أنه قد يحتمل السقوط على الحرمة أيضا بدعوى صدق الوقوع و الإتيان و نحوهما مما يدخل به تحت الحكم الوضعى فى نصوص التقييد مؤيدا ذلك بظهور عدم العن حينئذ، و الله العالم.

و هل تفسخ المرأه بالجب السابق على العقد؟ فيه تردد، منشؤه التمسك بمقتضى العقد المقتصر فى خلافه على المنصوص عليه بخصوص الذى هو المتيقن، و عدم رد الرجل بعيب، و من صدق التدليس، و كونه بمعنى الخصى أو العن، بل أعظم منهما، لقدرة الأول على الإيلاج، و احتمال الثانى البرء، و الضرر، و شمول صحيح الكنانى (١).

و أبى بصير (٢)

له.

و الأشبه تسلطها به بل لا أجد فيه خلافا، بل عن المبسوط و الخلاف نفيه عنه لتحقيق العجز عن الوطء الذى بسببه يندرج فى الصحيحين السابقين المؤيدين بفحوى الخصى و العن و قاعده الضرر و غيرها، لكن بشرط أن لا يبقى له ما يمكن معه الوطء و لو قدر الحشفه و إلا فلا خيار لها قولاً واحداً، لجريان جميع أحكام الوطء حينئذ عليه، و لا تجرى فيه أدله الخيار.

و أما لو حدث الجب بعد العقد قبل الوطء أو بعد الوطء لم يفسخ به وفاقا لما عن جماعه، منهم ابن إدريس و الفاضل فى الإرشاد و موضع من التحرير و الخلاف و موضع من المبسوط، بل فى الأخير عندنا أنه لا- خيار فيه، لأصالة اللزوم، و لكونه كالخصاء الذى قد عرفت اشتراط سبقه.

و فيه قول آخر محكى عن القاضى و الفاضل فى التلخيص و موضع من التحرير أنها تتسلط به حتى لو حدث بعد الوطء فضلا عما قبله، بل فى محكى المبسوط نفى الخلاف فيه بيننا و بين غيرنا، و لعله لقاعده الضرر و شمول الصحيحين (٣).

١- ١ الوسائل الباب- ١٤- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٦.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٤- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٤- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١- ٦.

و لا- ينافى ذلك عدم ثبوت الحكم فى العنن و الخصاء، ضروره عدم ملازمه اشتراكه معهما فى الفسخ فى حال لا لاشترائه معهما فى عدمه فى الحال الآخر، لا مكان استقلاله بدليل يقتضى اختصاصه بذلك، لنفى الخلاف فيما سمعته من المبسوط و غيره.

و ربما قيل بالتفصيل بين ما قبل الوطاء و بعده، للأصل و التصرف المسقط للخيار، و لما سمعته من النصوص (١)

المقيدة لإطلاق ما دل (٢)

على الخيار بما إذا لم يطاء و لو مره، و إلا- كانت المرأه مبتلايه فلتصبر، و من هنا يقوى لحوق حكم العنن له، و أما الزيادة فلم تثبت، و نفى الخلاف المزبور من الشيخ موهون بما سمعته منه، فضلا عن تبينه بالنسبه إلى كلمات الأصحاب.

و على كل حال فلو قلنا بثبوتيه بتجدده بعد العقد قبل الوطاء أو بعده ففى القواعد «إن الأقرب عدم فسخا لو كان قد صدر منها ذلك عمدا» و لعله لأنها حينئذ هى التى فوتت على نفسها الانتفاع، كما لا خيار للمشتري لو أتلّف المبيع أو عيبه، فتبقى حينئذ أصاله اللزوم سالمه عن قاعده الضرر و غيرها، و ربما احتمل الثبوت أيضا، بل هو خيريه بعض العامه، لأنه كهدم المستأجر الدار المستأجره له، و للعموم، و عدم استلزام رضاها بالعيب رضاها بالنكاح معه، و فيه منع عموم يشمل الفرض، و الخيار على خلاف الأصل، و القياس باطل عندنا بعد تسليم الحكم فى المقيس عليه، و الله العالم.

و لو بان الزوج أو الزوجه خنثى واضحا و لو بأحد الأمارات المعتبره لم يكن له و لا لها الفسخ لأصاله اللزوم، و قوله

فى الخبر السابق (٣):

«و ليس يرد الرجل من عيب»

و لأنه حينئذ كزياده إصبع أو ثقبه.

و قيل و القائل الشيخ فى موضع من المبسوط لها ذلك للنفره

١-١ الوسائل الباب-١٤- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢ و ٤ و ٨.

٢-٢ الوسائل الباب-١٤- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١ و ٥ و ٩.

٣-٣ الوسائل الباب-١٤- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢ و فيه «و الرجل لا يرد من عيب».

و هو تحكم واضح مع فرض إمكان الوطاء الذى هو المقصود فى النكاح، و من هنا حكى عن الشيخ فى مواضع آخر التصريح بعدم كونه عيباً، و كون الأمارات ظنية لا تقتضى بذلك بعد أن كانت معتبره عند الشارع على وجه تشخيص الموضوع و تجرى عليه أحكامه.

أما لو فرض كونه مشكلاً فالنكاح باطل من أصله، لعدم العلم بحصول شرطه، فالأصل بقاء البضع بحاله، و ما وقع من الشيخ فى المواريث- من أن للزوج إذا كان كذلك نصف النصيبين- سهو من القلم، و الله العالم.

و حينئذ ف لا يرد الرجل بعيب غير ذلك الذى قدمناه وفاقاً للمشهور، للأصل و حرمة القياس عندنا، و

قوله عليه السلام فى المعتبر (١) بوجود من أجمع على تصحيح ما يصح عنه فى سنده أو لانجباره بالشهره بالنسبه الى ذلك:

«و ليس يرد الرجل من عيب»

خلافاً لما عن القاضى فى المهذب، فرده بالجذام و البرص و العمى، و أبى على بها و بالعرج و الزنا، و لم أعرف أحدا وافقهما على ذلك عدا جماعه من المتأخرين فى خصوص الجذام و البرص، لصحيح الحلبي (٢)

و الأولويه و قاعده الضرر بالعدوى و نحوها، مع ما فى المسالك من المناقشه فى الخبر المزبور سنداً و دلالة، لمعلوميه ثبوت عيب فى الرجل يرد به، لكن قد عرفت الحال فى ذلك كله سابقاً، على أن العدوى- مع اقتضاها التعديه إلى كل مرض معد مما لا يقول به الخصم- يمكن رفعها بإيجاب التجنب، فالأقوى عدم الخيار بهما حينئذ مع سبقهما على العقد، فضلاً عما لو تجددت بعده، و خصوصاً بعد الوطاء، و فضلاً عن غيرهن مما لم نعرف للقائل به دليلاً- عدا دعوى الأولويه من الامراه الممنوعه على مدعيها، و عدا بعض النصوص (٣)

فى الزانى زوجها بعد العقد قبل الدخول المعارضه بأقوى (٤)

١-١ الوسائل الباب-١٤- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢ و فيه «و الرجل لا يرد من عيب».

٢-٢ الوسائل الباب-١- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٦.

٣-٣ الوسائل الباب-١٧- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢ و ٣.

٤-٤ الوسائل الباب-١٧- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١-٤.

منها فى ذلك أيضا بوجه: منها الشهره العظيمه إن لم يكن إجماعا على عدم تسلطها على الفسخ بذلك، كما قد تقدم الكلام فيها سابقا، والله العالم. هذا كله فى الرجل.

و أما عيوب المرأه فهى سبعة: الجنون و الجذام و البرص و القرن و الإفضاء و العمى و العرج، أما الجنون الذى لا خلاف نصا (١)

و فتوى فى كونه عيبا فيها بل الإجماع بقسميه عليه ف قد عرفت أنه هو فساد العقل و إن كان فنونا من الجنان أو الجن أو الجن، فالمجنون من أصيب جنانه أى قلبه، أو أصابته الجن، أو حيل بينه و بين عقله فستر عقله كما فى كشف اللثام، و الظاهر أنه من الأخير، بل لعل الأولين منه أيضا لما فيهما من الستر.

و أنه لا يثبت الخيار مع السهو السريع زواله و إن كثر، لعدم كونه من الجنون و لا مع الإغماء العارض مع غلبه المره و نحوها مما لا يصدق معه اسم الجنون و إنما يثبت الخيار فيه أى الإغماء و نحوه مع استقراره لكونه حينئذ منه و إن سمي باسم آخر عرفا كما سمعته فيما تقدم، و احتمال عود الضمير الى المجنون يدفعه أنه لا فرق فيه بعد صدق اسمه نصا و فتوى بين المستقره و غيره و المطبق و الأدوارى، و لعل الأولى من ذلك كله إيكال الأمر إلى العرف الصحيح القاضى بكونه بفنونه عيبا.

و أما الجذام فهو (١١) المرض السوداوى الذى يظهر معه يبس الأعضاء و تناثر اللحم و (١٢) لا بد أن يكون بينا ف لا يجرى قوه الا-احتراق و لا تعجر الوجه (١٣) أى غلظ و ضخم و صار ذا عجر أى عقد و لا استداره العين (١٤) إذا لم يعلم كونه منه، و إلا فسخ بها، لعدم اعتبار الاستحكام فيه عندنا بعد تحققه، لإطلاق النص (٢)

و الفتوى نعم عن بعض العامه اعتباره ضابطا له فى الجذام بالتقطع، و فى البرص بالوصول الى العظم، بحيث إذا فرك فركا شديدا لا يحمر، و احتمال

١-١ الوسائل الباب- ١- من أبواب العيوب و التدليس.

٢-٢ الوسائل الباب- ١- من أبواب العيوب و التدليس.

حمل عباره المتن و ما شابهها على اعتبار ذلك- و إن عدم اجزاء الاحتراق و تعجر الوجه و استداره العين لكون ذلك ابتداءه قبل استحكامه- يدفعه و ضوح بطلانه، لتعليق الحكم نصا و فتوى على الاسم، و على كل حال لو اختلفا فالقول قولها إلا أن يشهد به عدلان.

و أما البرص فهو لغه و عرفا البياض الذى يظهر على صفحه البدن لغلبيه البلغم و عند الأطباء أو السواد كذلك لغلبيه السوداء، لكن قد يمنع تسلط الفسخ به، للأصل و عدم الصدق عرفان و إن سلم اشتراكه معه فى العلامات، فاذن ذلك أعم، و ستسمع التعبير بالبياض فى خبر البصرى (١).

و كيف كان فلا اعتبار بالبهق الذى فرق بينه و بين البرص مع كونهما أبيضين بأن البرص غائر فى اللحم إلى العظم دونه، و من علاماته أنه إذا غزر فى الموضوع إبره لم يخرج دم، بل ماء أبيض، و إن ذلك لم يحمر إذا، و يكون جلده أنزل و شعره أبيض، و إذا كانا أسودين بأن البرص يوجب تفليس الجلد كما يكون للسمك.

و كيف كان ف لا يقضى بالتسلط على الفسخ مع الاشتباه للأصل و غيره.

و أما القرن بالسكون أو الفتح فقد قيل: إنه لحم ينبت فى فم الرحم يمنع من الوطاء و هو المسمى ب العفل بل فى كشف اللثام «هو المعروف عند أهل اللغة» و فى محكى المبسوط «قال أهل الخبرة: العظم لا يكون فى الفرج، لكن يلحقها عند الولادة حال ينبت اللحم فى فرجها، و هو الذى يسمى العفل» و

فى صحيح عبد الرحمن بن أبى عبد الله (٢) عن الصادق عليه السلام «المرأه ترد من أربعه أشياء:

من البرص و الجذام و الجنون و القرن، و هو العفل ما لم يقع عليها، فإذا وقع عليها فلا»

ومضمرة البصرى (٣)

«فى الرجل إذا تزوج المرأه فوجد بها قرنا و هو العفل

١-١ الوسائل الباب-٣- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢.

٢-٢ الوسائل الباب-١- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.

٣-٣ الوسائل الباب-٣- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢.

أو بياضا أو جذاما إنه يردھا ما لم يدخل بها»

و من ذلك كله يعرف ضعف ما قيل من أنه عظم كالسن ينبت في الرحم يمنع من الوطء كما عن النھایه و الصحاح و الجمھره. و يعرف أيضا أن الأول أشبه نعم، يمكن دعوى عمومہ لھما، كما عساه يشھد له ما عن المغرب: «القرن في الفرج مانع يمنع من سلوك الذكر فيه، إما غده غليظه أو لحمه مرتفعه أو عظم» و في الصحاح: «و القرن: العفله الصغيره، و العفل و العفله بالتحريك فيھما شیء يخرج من قبل النساء و حياء الناقه شبيھ بالادره التي للرجال، و المرأه عفلاء» و في النھایه بعد تفسیره بالعظم: «و يقال له: العفل» كما أنه يمكن دعوى مشاركته نبات العظم له في الحكم المعلوم و إن لم يكن قرناء و لا عفلاء بدعوى كون العله فيه المنع من الوطء، خصوصا بعد

خبر أبي الصباح الكنانی (١)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأه فوجدها قرناء قال: هذه لا تحبل، و لا يقدر زوجها على مجامعتها يردھا على أهلها صاغره، و لا مهر لها»

المشعر بذلك، و كان هذا الخلاف قليل الجدوى بعد تصريح النصوص (٢)

بكون القرن عيبا و العفل كذلك، فالحكم ثابت على تقديرى الاتحاد و التعدد و إن زاد عدد العيوب على الثانى دون الأول، و هى ليست ثمره معتدا بها.

و كيف كان فان منع من الوطء فسخ به إجماعا بقسميه و نصوصا (٣)

و إن لم يمنع الوطء قيل و القائل الشيخ و القاضى بل في المسالك نسبته إلى الأكثر لا يفسخ به ل لأصل و الاحتياط و انتفاء الضرر ب إمكان الاستمتاع و صحيح عبد الرحمن (٤)

السابق المراد منه على الظاهر أنه إذا وقع

١-١ الوسائل الباب-١- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٤.

٢-٢ الوسائل الباب-١- من أبواب العيوب و التدليس.

٣-٣ الوسائل الباب-١- من أبواب العيوب و التدليس.

٤-٤ الوسائل الباب-١- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.

عليها أمكنه الوطء و لا خيار، و إشعار

خبر أبي الصباح (١) المتقدم، قيل: و لا ينافيه ما فى ذيله: «قلت: فان كان دخل، قال: إن كان علم بذلك قبل أن ينكحها- يعنى المجامعه- ثم جامعها فقد رضى بها، و إن لم يعلم إلا بعد ما جامعها فان شاء بعد أمسك و إن شاء طلق»

لإمكان إرادته المجامعه فى غير القبل، هذا.

و لكن مع ذلك لو قيل بالفسخ به مطلقا تمسكا بظاهر النقل أمكن بل هو الأقوى لإطلاق الأدله، حتى

خبر عبد الرحمن (٢) الظاهر فى «أن له الفسخ ما لم يظأ و إن كانت قابله له،»

بل

فى صحيح أبي عبيده (٣) عن أبي جعفر عليه السلام «فى رجل تزوج امرأه من وليها فوجد بها عيبا بعد ما دخل بها، فقال:

إذا دلست العفلاء نفسها و البرصاء و المجنونه و المفضاه و من كان بها من زمانه ظاهره فإنها ترد على أهلها من غير طلاق»

بل خبر أبي الصباح (٤)

الذى لا يخفى ما فى حمله سابقا من البعد، و لعل الأولى حمله على عدم التمكن من كمال المجامعه، و كذا خبر الحسن بن

صالح (٥)

الذى تسمعه.

لكن فى المسالك «هذا القول قوى إن لم يكن الإجماع على خلافه، إذ لا يظهر به قائل صريحا» كما يظهر من قوله: «و لو قيل» إلى آخره قلت: و لعله الموافق لإطلاق الأ-كثر كما اعترف به فى كشف اللثام، فلا محيص حينئذ عنه بعد ما عرفت، نعم يمكن اعتبار عدم التمكن فيه من كمال المجامعه فيه الذى قد سمعت ظهور خبر أبي الصباح (٦)

السابق فيه، و نحوه و

خبر الحسن بن صالح (٧)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأه فوجد بها قرنا قال: هذه لا تحبل، و ينقبض زوجها عن مجامعتها، ترد على أهلها، قلت: فان كان دخل بها، قال: إن علم بها قبل أن يجامعها ثم جامعها فقد

- ٢-٢ الوسائل الباب-١- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.
- ٣-٣ الوسائل الباب-٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.
- ٤-٤ ذكر صدره في الوسائل الباب-١- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٤ و ذيله في الباب-٣- منها الحديث ١.
- ٥-٥ الوسائل الباب-٣- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٣.
- ٦-٦ ذكر صدره في الوسائل الباب-١- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٤ و ذيله في الباب-٣- منها الحديث ١.
- ٧-٧ الوسائل الباب-٣- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٣.

رضى بها، وإن لم يعلم بها إلا بعد ما جامعها فإن شاء بعد أمسك، وإن شاء سرحها إلى أهلها، ولها ما أخذت منه بما استحل من فرجها».

بل ربما احتتمل تنزِيل كلام الكل عليه، فلا خلاف حينئذ في المسألة، فيراد حينئذ مما في النص و الفتوى - عدم القدره على الجماع في العفل و الانقباض - أنه لا يتمكّن من كماله، لكونه ثابتاً في قعر الرحم، فيمنع من ولوج الذكر و وصوله إلى محلّه، و لذا لم تحبل العفلاء غالباً، و كان فيه كمال الضرر باعتبار نقصان الاستمتاع و التلذذ فضلاً عن غيرهما، فناسب إطلاق تسلط الزوج على الفسخ، و إلا كان محجوجاً بما عرفت.

و أما الإفضاء فهو تصيير المسلكين واحداً كما تقدم الكلام فيه مفصلاً، و لا خلاف في كونه عيباً، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافاً إلى الصحيح (١)

السابق.

و أما العرج ففيه تردد منشؤه من أصاله اللزوم و حصر العيب في غيره في الصحيح (٢)

و غيره، بل هو ظاهر مفهوم العدد في غيره أيضاً، و من صدق الزمانه التي سمعت حكمها في صحيح أبي عبيده (٣)

السابق و

صحيح داود بن سرحان (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام «في الرجل يتزوج المرأة فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء، قال:

ترد على وليها، و يكون لها المهر على وليها، و إن كان بها زمانه لا يراها الرجال أجز شهاده النساء عليها»

و صحيح محمد بن مسلم (٥) عن أبي جعفر عليه السلام قال: «ترد البرصاء و العمياء و العرجاء و الجذماء»

بل و خلاف بين الأصحاب.

أظهره عند المصنف و الفاضل في القواعد و الإرشاد دخوله في أسباب الفسخ إذا بلغ الإقعاد خلافاً لما عساه يظهر من الخلاف و المبسوط و المهذب من

١- ١ الوسائل الباب- ٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٦.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.

٤- ٤ ذكر صدره في الوسائل الباب- ٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٦ و ذيله في الباب- ٤- منها الحديث ١.

٥-٥ الوسائل الباب - ١- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٧.

عدم كونه عيبا مطلقا، و لما عن الإسكافي و الشيخين في المقنعه و النهايه و سلار و أبى الصلاح و ابن البراج في الكامل و ابن حمزه من إطلاق كونه عيبا، بل لعله ظاهر الفقيه أيضا، بل و موضع من المقنع، و قيل: بل إليه يرجع ما في المختلف و محكى السرائر و التحرير و إن قيدوه بالبين الذى يمكن إرادته للأصحاب أيضا و لذا قال ابن إدريس: «و ألحق أصحابنا عيبا ثامنا، و هو العرج البين، ذهب إليه شيخنا في نهايته» مع خلو عبارته النهايه بل و غيرها من التقييد بالبين، و لعل الوجه فيه - مضافا إلى الاستبعاد كون مطلق العرج عيبا - وصف الزمانه بالظاهره في صحيح أبى عبيده (١).

بل في جامع المقاصد «الظاهر أن المراد بالإقعاد في المتن و القواعد و العرج البين واحد، و هو أن يكون فاحشا لا يستطيع معه التردد في العاده إلا بالمشقه الكثيره، فلا ترد بالعرج اليسير، و هو الذى لا يكون كذلك» بل قال: «و هذا هو المختار، لأن في صحيحه داود بن سرحان «و إن كان بها زمانه»

و ظاهرها أن الرد منوط بالزمانه، و مفهوم الشرط معتبر عند جمع من المحققين، و كذا رواه أبى عبيده مع أن المطلق يجب حمله على المقيد، و الاقتصار في المخالف للأصل على موضع اليقين أقرب».

و إن كان فيه ما لا يخفى بل ما كنا لنؤثر أن يقع مثل ذلك من مثله، و كذا ما وقع من الفاضل الأصبهاني فإنه بعد أن ذكر صحيح أبى عبيده دليلا لاعتبار الإقعاد، قال: «فان المعهود من الزمانه ما تؤدي إلى الإقعاد، و الوصف بالظهور يدل على العدم مع الخفاء فضلا عن العرج الذى لا يبلغ الإقعاد، بل الظاهر من الزمانه الغير الظاهره ذلك، هذا مع كون الخيار على خلاف الأصل و الاحتياط، و وقوع الخلاف في مطلق العرج فلنقتصر منه على هذا النوع منه و كونه نوعا منه، لأن العرج في الأصل هو الميل، و انما سمي به الآفه المعهوده لميل الرجل أو عضو

منها عن مكانه أو عن الاستقامه فى المشى و نحوه، و الميل يتحقق فى الإقعاد».

و لكن الجميع كما ترى، فان الاستبعاد بعد مجىء الدليل المعتبر فى غير محله، كالاستناد إلى الأصل و العموم الذى يجب الخروج عنهما به، و الزمانه أمر آخر غير العرج، و منها ما تكون خفيه لا يطلع عليها إلا النساء، و لذا حكى عن الصدوق أنه جعل الزمانه غير العرج، فأثبت الخيار بها دونه، فليس النصوص حينئذ من باب الإطلاق و التقييد، على أن وصفها بالظهور فى الصحيح (١)

لإرادته الرد بها من غير حاجه إلى شهاده النساء، بخلاف الخفيه فإنها تجوز فيها شهاده النساء، كما أوضحه الصحيح الآخر (٢)

و جواب الشرط «أجيز شهاده النساء» و مفهومها عدم جواز شهادتهن فى الظاهره التى يمكن اطلاع الرجال عليها، و فى محكى المصباح «أن الزمانه مرض يدوم زمانا طويلا» و فى الصحاح «الزمانه آفه تكون فى الحيوانات، و رجل زمن أى مبتلى بين الزمانه» و ليس فى شىء مما عثرنا تفسيرها بخصوص الإقعاد، بل لعل تقييدها بالظهور فى صحيح أبى عبيده و بأنه لا يراها الرجال فى صحيح داود يقضى بخلاف ذلك، فالأقوى كون العرج مطلقا عيبا إلا أن لا يكون بينا على وجه لا يعد عيبا عرفا، و لعل هذا هو مراد من قيده بالبين، لا وصوله إلى حد الإقعاد، نعم قد يستفاد من فحواه و من الزمانه كون الإقعاد أيضا عيبا آخر أيضا، و الله العالم.

و قيل بل فى كشف اللثام أنه المشهور، بل لم نعرف أحدا تردد فيه قبل المصنف و لا بعده على ما اعترف به بعض الفضلاء الرتق أحد العيوب المسلطه على الفسخ، و ربما كان ذلك صوابا إن منع الوطاء أصلا لفوات الاستمتاع حينئذ إذا لم يمكن إزالته أو أمكن و امتنعت من علاجه و الفرض عدم وجوبه عليها للأصل و العسر و الحرج، و لما فى خبر أبى الصباح (٣)

و الحسن بن صالح (٤)

مما

-
- ١-١ الوسائل الباب-٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.
 - ٢-٢ الوسائل الباب-٤- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.
 - ٣-٣ الوسائل الباب-١- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٤.
 - ٤-٤ الوسائل الباب-١- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٣.

هو كالتعليل للرد بالفعل و القرن بعدم قدره على الجماع، بل الظاهر دخوله فى الفعل، لأنه هو كون الفرج ملتحما على وجه ليس للذكر مدخل فيه، و من هنا حكم فى التحرير على ما قيل بمرادفته له، بل لعل الخبرين المزبورين قاضيان بالخيار فيه إذا لم يمكن الزوج الوطء، و إن أمكن لغيره ممن هو صغير الإله، فما فى المسالك- من نفى الخيار مع عدم بلوغ الارتفاق حد المنع من الوطء و لو لصغير الإله- فى غير محله، لما عرفت من دخوله فى العفل موضوعا أو حكما، و كأنه تبع بذلك ما فى جامع المقاصد من أنه «لا شبهه فى أن الخيار إنما يثبت بالرتق إذا كان مانعا من الوطء، صرح بذلك المحققون، و وجهه بقاء مقصود النكاح، فلو ارتفق المحل و بقى منه ما يمكن معه الوطء فلا خيار و إن كان لصغر آله، بخلاف العدم» و هو- مع كونه مفروضا فى الزوج المتمكن لصغير آله فيه أيضا- أنه مناف لدخوله تحت العفل موضوعا أو حكما، و قد عرفت أن الخيار به متى منع من الوطء أو كما له، فمثله يأتى هنا حينئذ، بل عن الغزالي من العامه إلحاق ضيق المنفذ زائدا على المعتاد بحيث لا يمكن وطؤها إلا بإفائها به، و لا بأس به، و عن بعضهم التفصيل بين احتمالها و طء نحيف الإله و عدمه، فلا فسخ فى الأول دون الثانى و مرجعه إلى ما سمعته من المسالك، و فيه ما عرفت، و أوضح منه فسادا ما عن آخر منهم أيضا من التفصيل فى الرجل أيضا بنحو ذلك، أى بين من لا تسع حشفته امرأه أصلا و من تسع له بعض النساء، إذ هو كما ترى.

ثم إن ظاهر قول المصنف «و امتنع» إلى آخره عدم الخيار مع رضاها، كما صرح به فى المسالك، و فيه منع خصوصا على تقدير اندراجه فى العفل.

و على كل حال فى القواعد و غيرها أنه ليس للزوج إجبارها على علاجه، و لعله للخرج و انتفاء الضرر عنه بالخيار، بل فى المسالك لأن ذلك ليس حقا له، كما أنها لو أرادته لم يكن له منعها، لأنه تداو لا تعلق له به، فتأمل، و الله العالم.

و كيف كان ف لا ترد المرأة بعيب غير هذه السبعة التى منها العمى، فإنه موجب للخيار أيضا بلا خلاف صريح أجده فيه، بل عن المرتضى و ابن

زهرة الإجماع عليه، و هو الحجة مضافا إلى صحيح داود (١)

السابق الذى بهما يخص الأصل و مفهوم حصر العيب فى غيره (٢) كمفهوم العدد، فما عساه يظهر من نسبه الخيار فيه إلى بعض الأصحاب فى محكى المبسوط من المنع فى غير محله، لما سمعت، بل هو كذلك و إن كانتا مفتوحتين بلا انضمام و لا نقط بياض و نحوه للإطلاق و إن كان قد يقال: إن أصل العمى يدل على الستر و التغطية.

نعم لا اعتبار بالعود لخروجه عن المتفاهم من العمى، مع الأصل و الاحتياط و

صحيح الحلبي (٣) عن الصادق عليه السلام «فى الرجل يتزوج الأمه إلى قوم فإذا امرأه عوراء و لم يبينوا له، قال: لا ترد».

ثم لا يخفى عليك أن تعدادها سبعة مبنى على جعل القرن و الرق و العفل واحدا و الإقعاد و العرج كذلك، و الأمر سهل بعد وضوح الحكم.

إنما الكلام فى الرد بغيرها كزنا المرأة، قبل دخول الزوج بها الذى أثبت الخيار به الصدوق، ل

قول على عليه السلام (٤)

«فى المرأة إذا زنت قبل أن يدخل بها يفرق بينهما و لا صداق لها، لأن الحدث كان من قبلها»

بل مطلق الزنا من الرجل و المرأة قبل العقد و بعده الذى أثبت به الخيار الإسكافى، للخبر السابق، و ل

لمرسل عنه عليه السلام (٥) أيضا «أنه فرق بين رجل و امرأة زنا قبل دخوله بها»

و ل

خبر عبد الرحمن ابن أبى عبد الله (٦) عن الصادق عليه السلام «سألته عن رجل تزوج امرأه فعلم بعد ما تزوجها أنها كانت زنت، قال: إن شاء زوجها أخذ الصداق ممن زوجها، و لها الصداق مما استحل من فرجها»

و نحوه صحيح معاوية بن وهب (٧)

و حسن

١-١ الوسائل الباب -٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٦.

٢-٢ الوسائل الباب -٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٥.

٣-٣ الوسائل الباب -١- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٦.

٤-٤ الوسائل الباب-٦- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٣.

٥-٥ الوسائل الباب-٦- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٣.

٦-٦ المقنع ص ١٠٩ ط طهران ١٣٧٧.

٧-٧ أشار إليه في الوسائل الباب-٦- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٤ و ذكره في الكافي ج ٥ ص ٣٥٥.

الحلبى (١).

و كالحد بالزنا الذى أثبت الخيار فيه للزوج أكثر القدماء على ما فى المسالك، للجرح بالنفره و العار، و للخبر السابق (٢).

و كوجدان الزوجه مستأجره إجاره عين الذى أثبت الخيار به الماد روى من العامه، بل قال: لا يسقط برضا المستأجر بالتمتع بها نهارا، لأنه تبرع قد يرجع به.

إلا أن الجميع كما ترى بعد أن علمت منه عدم دوران الخيار على الضرر و نحوه مما يمكن جبره بالطلاق، و إنما هو تعبد بالأدله الخاصه، و ليس شىء مما سمعته كذلك، لأنه بين غير صالح للحجه لضعف فى السند و إعراض من المعظم، و معارضه بما هو أقوى منه مما تقدم سابقا حتى فى الحد، ك

خبر رفاعه (٣) سأل الصادق عليه السلام «عن المحدود و المحدوده هل يرد منه النكاح؟ قال: لا»

و بين غير صريح فى الدلاله على المطلوب.

و لذا حكى عن ابن إدريس القول بالرجوع على الولى العالم بحالها بالمهر مع عدم الفسخ، لأن الأخبار إنما تدل على ذلك، بل عن الشيخ فى النهايه ذلك أيضا، إلا أنه أطلق الرجوع به عليه، و إن كان قد يناقش بما فى المختلف من أن الضمان إنما هو باعتبار تدليس العيب على الزوج، فان كان عيبا أوجب الفسخ و إلا لم يجب المهر، بل لا يبعد إرادته الكنايه عن الفسخ بالحكم بالرجوع بالمهر نحو غيرهما من عقود المعاوضه.

و على كل حال فالتحقيق عدم الرد بغير ما عرفت، للأصل و لما عرفت من مفهومى الحصر و العدد، بل

فى خبر البصرى (٤)

«ترد المرأه من العفل و البرص و الجذام

-
- ١-١ الوسائل الباب -٦- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.
 - ٢-٢ الوسائل الباب -٦- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٤.
 - ٣-٣ الوسائل الباب -٥- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢.
 - ٤-٤ الوسائل الباب -١- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١٣.

و الجنون، و أما ما سوى ذلك فلا»

و خصوص النصوص (١)

فى الزانى و الزانية و المحدود و المحدوده التى قد تقدمت سابقا، و الله العالم.

[المقصد الثانى فى أحكام العيوب]

[المسألة الأولى العيوب الحادثة بالمرأه قبل العقد مبيحه للفسخ]

المقصد الثانى فى أحكام العيوب و فيه مسائل:

[المسألة الأولى العيوب الحادثة بالمرأه قبل العقد مبيحه للفسخ]

الأولى لا- خلاف نصاب و فتوى فى أن العيوب الحادثة بالمرأه قبل العقد مبيحه للفسخ بل الإجماع بقسميه عليه، بل هو مورد النصوص (٢)

التى هى مستفيضه أو متواتره و أما ما يتجدد بعد العقد و الوطء فالمشهور نقلا و تحصيلا أنه لا يفسخ به بل لا أجد فيه خلافا بين العامه و الخاصه إلا- من ظاهر موضع من المبسوط و صريح آخره، فخير مطلقا، و من أبى على فى خصوص الجنون، و لا ريب فى ضعفهما، للأصل بل الأصول السالمة عن معارضه النصوص بعد ظهورها فى غير الفرض كما ستسمع إنشاء الله تعالى، بل ظاهر صحيح عبد الرحمن (٣)

فيها التصريح باشتراط الخيار بعدم الوقوع عليها، بناء على ما ذكرناه فيها سابقا، و اقتصاره على الأول غير قادح بعد الإجماع بقسميه على عدم الفرق، كما أن ظاهر الشرط التديس فى صحيح أبى عبيده (٤)

السابق يقتضى اعتبار السابق أيضا و بذلك مضافا إلى الإجماع على الظاهر من عباره المصنف يقيد إطلاق بعض النصوص (٥)

إن كان.

١- ١ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب ما يحرم بالمصاهره و الباب ٩ من أبواب المتعه.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١- من أبواب العيوب و التديس.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١- من أبواب العيوب و التديس الحديث- ١.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٢- من أبواب العيوب و التديس الحديث ١.

٥- ٥ الوسائل الباب- ١- من أبواب العيوب و التديس الحديث ٢ و ٧ و ١١ و ١٣.

نعم فى المتجدد بعد العقد و قبل الدخول تردد من إطلاق بعض (١) النصوص الرد بها، و من أصله اللزوم و اشتراط التديس فى صحيح أبى عبده (٢)

و لذا قال المصنف أظهره أنه لا يبيح الفسخ تمسكا بمقتضى العقد السليم عن معارض بل هو المشهور شهره عظيمه كادت تكون إجماعا، بل لعلها كذلك فى الأعصار المتأخره على المخالف على وجه كان قوله من الشواذ المقطوع بطلانها، خصوصا بعد ظهور أكثر النصوص فى السابق، ك

قوله فى خبر عبد الرحمن (٣): «تزوج امرأه فوجد بها قرنا»

إلى آخره، و

فى خبر الحذاء (٤)

«تزوج امرأه فوجد بها عيبا»

و فى خبرى الحسن بن صالح (٥)

و

الكنانى (٦)

«تزوج امرأه فوجد بها قرنا»

و فى خبر غياث (٧)

«تزوج امرأه فوجدها برصاء»

بل هو صريح

صحيح ابن مسلم (٨)

«من تزوج امرأه فيها عيب دلسته و لم تبين»

وخبر رفاعه (٩)

«زوجها وليها و هى برصاء»

بل قد يقال فيما لم يكن فى لفظه دلالة على السبق ك

قوله عليه السلام (١٠): «يرد النكاح من البرص»

إلى آخره: إن الغالب فى أمثال هذه العاهات طول المده و تقادم العهد، على أن فى بعضها اشتراط التدليس، ك

قوله فى صحيح الحذاء: «إذا دلست العفلاء»

إلى آخره و قد سمعت صحيح ابن مسلم، فيقيد حينئذ الإطلاق به، و مع قطع النظر عن النصوص أجمع فلا ريب فى استصحاب اللزوم الذى هو مقتضى الأصل فى العقود، و الضرر منجر بإمكان الطلاق منه، فما عن الخلاف و المبسوط و ظاهر أبى على من ثبوت الخيار بذلك واضح الضعف بعد الإحاطه بما ذكرنا، و الله العالم.

-
- ١-١ الوسائل الباب-١- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢ و ٧ و ١١ و ١٣.
 - ٢-٢ الوسائل الباب-٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.
 - ٣-٣ الوسائل الباب-٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.
 - ٤-٤ الوسائل الباب-٣- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢.
 - ٥-٥ الوسائل الباب-١- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٣.
 - ٦-٦ الوسائل الباب-١- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٤.
 - ٧-٧ الوسائل الباب-١- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١٤.
 - ٨-٨ الوسائل الباب-٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٧.
 - ٩-٩ الوسائل الباب-٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢.
 - ١٠-١٠ الوسائل الباب-٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٥.

[المسألة الثانية خيار الفسخ على الفور]

المسألة الثانية خيار الفسخ على الفور بلا خلاف أجده فيه، بل حكى غير واحد الاتفاق عليه، و اقتصارا فيما خالف الأصل على المتيقن، و تحرزا من الضرر اللازم بالتأخير و العمده الإجماع، و لولاه لأمكننا المناقشه بما سمعته غير مره.

و حينئذ فلو علم الرجل أو المرأه بالعيب فلم يبادر بالفسخ لزم العقد و إن لم يكن ذلك منهما عن رضى باللزوم، و كذا الخيار مع التديس بالعيب أو غيره مما ستعرف، ضروره كون الفوريه فيه قيديه، فيسقط الخيار بفواتها، لا أنها أمر آخر على حسب التكاليف الفوريه التي من الواضح الفرق بينهما، نعم قد عرفت فيما تقدم أن الجهل بالخيار بل و الفوريه عذر، لإطلاق ما دل على الخيار المقتصر فى تقييده على محل الإجماع الذى غير المفروض، بل قد يقوى ثبوته أيضا لو أكره على عدم الخيار بالقبض على فيه أو بالتهديد لذلك، كما صرح به فى جامع المقاصد، بل فى المسالك «أن العيب إن كان ظاهرا لا نزاع فيه بينهما، فالفوريه معتبره فى الفسخ، و إن توقف ثبوته على المرافعه إلى الحاكم فالفوريه فى المرافعه إلى الحاكم، فإذا ثبت اختار الفسخ فورا» و فى التحرير: «أطلق أن الفورى هو المرافعه إلى الحاكم و إن كانا متفقين على العيب، و كذلك عن الشيخ، و هو حسن حيث يتوقف الأمر على الحاكم».

قلت: ستعرف عدم التوقف على الحاكم فى جميع أفراد الفسخ، و إنما يتوقف عليه ضرب الأجل فى خصوص العنين، فإذا مضى لم تحتج الامرأه فى الفسخ إليه، و مع فرض النزاع بينهما فى ثبوت العيب المسلط على الخيار و عدمه قد يقال: إن الفوريه فى الفسخ أيضا و إن كان لا يترتب عليه أثره ظاهرا إلا بعد إثبات مقتضى الفسخ، بل قد يقال: إن تأخيره إلى المرافعه مناف لفوريته التي قد عرفت كونها قيدها، ضروره تعليق الخيار على وجود العيب لا على إثباته عند الحاكم، فمع معلوميه

حصوله عنده كان خياره فورياً، لكن لا يمضى ذلك على الخصم مع إنكاره إلا بعد إثبات مقتضى الخيار، لا أن انفسخ نفسه موقوف على حكم الحاكم، وكذا لو فرض النزاع فى أصل كون ذلك عيباً ما لم يرجع إلى الجهل بالخيار به و لو للجهل بموجبه، على أن الفوريه فى المرافعه لا دليل عليها، خصوصاً مع كون المراد أنه مع عدم الفور فيها يسقط الخيار، فالأقوى حيثئذ بقاء معقد الإجماع، و هو فوريه الفسخ على حاله فى جميع ذلك، و منه يعلم ما فى كشف اللثام أيضاً «إن توقف الفسخ على حكم الحاكم فالفوريه بمعنى فوريه المرافعه إليه، ثم طلبه منه بعد الثبوت» إن كان مراده ما سمعته من المسالك، و إلا فليس فى أفراد الفسخ ما يتوقف على حكم الحاكم على وجه يراد منه حتى يطالب به، و كذا الكلام فيما تسمعه إن شاء الله من المبسوط، فتأمل جيداً.

[المسألة الثالثه الفسخ بالعيب ليس بطلاق]

المسألة الثالثه الفسخ بالعيب ليس بطلاق قطعاً لعدم اعتبار لفظ الطلاق فيه و حيثئذ فلا يطرد معه تنصيف المهر، و لا يعد فى الثلاث و لا غير ذلك من أحكام الطلاق كما لا يشترط فيه شىء من شرائطه بلا خلاف و لا إشكال، و ثبوت النصف فى العنين للدليل، و لذا قال المصنف: لا يطرد.

[المسألة الرابعه يجوز للرجل الفسخ من دون إذن الحاكم]

المسألة الرابعه يجوز للرجل الفسخ من دون إذن الحاكم، و كذا للمرأة لإطلاق الأدله نعم مع ثبوت العنن يفتقر إلى الحاكم لضرب الأجل كما ستعرف و لها التفرد بالفسخ عند انقضائه و تعذر الوطاء كما هو مقتضى الأدله المثبتة للخيار لذى الخيار السالمه عن معارضه ما يدل على اعتبار حضور الحاكم أو إذنه فضلاً عن مباشرته نفسه

الفسخ، و من هنا أفتى الأصحاب فى الحكم المزبور من غير إشكال فيه و لا تردد، نعم عن ابن الجنيّد منهم إذا أريدت الفرقه لم يكن إلا عند من يجوز حكمه من والى المسلمين أو خليفته أو بمحضر من المسلمين إن كانا فى بلاد هدنه أو سلطان متغلب، و كأنه مذاق العامه كما حكاه فى جامع المقاصد عن بعض العامه و ابن الجنيّد منا.

بل يومئ إليه ما عن موضع من المبسوط «لسنا نريد بالفور أن له الفسخ بنفسه، و إنما نريد أن المطالبه بالفسخ على الفور، يأتى إلى الحاكم على الفور، و يطلب الفسخ، فان كان العيب متفقا عليه فسخ الحاكم، و إن اختلفا فيه فالبينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه، فأما الفسخ فالى الحاكم، لأنه فسخ مختلف فيه- ثم قال:- و لو قلنا على مذهبنا أن له الفسخ بنفسه كان قويا، و الأول أحوط، لقطع الخصومه» و ظاهره أن الأول جار على مقتضى أصول العامه أو إذا كان المراد قطع الخصومه بتسجيل الحاكم فيما هو مختلف فيه، و كذا ما عنه فى موضع آخر «لا يجوز أن يفسخ بغير حاكم، لأنه فسخ مختلف فيه» خصوصا مع ملاحظه تعليقه، و لذا حكى عنه فى موضع ثالث الجزم بأن للامراه الاستقلال بالفسخ محتجا بإطلاق الأخبار، و على كل حال فالوجه ما عرفت، فان كان هو المراد لهم فمرحبا بالوفاق، و إلا كان منافيا لإطلاق الأدله كما سمعت، و الله العالم.

[المسأله الخامسه إذا اختلفا فى العيب فالقول قول منكره مع عدم البينه]

المسأله الخامسه إذا اختلفا فى العيب فان كان جليا كالعصى و الجنون و نحوهما مما لم يحتج إلى إقامه بينه و إلى يمين نظر الحاكم فيه، و حكم بمقتضى ما ظهر له، و إن كان خفيا فالقول قول منكره مع عدم البينه كغيره من الدعاوى التى لا يخفى عليك جريان حكمها من رد اليمين و النكول و نحوهما فى المقام الذى هو أحد أفرادها، و الله العالم.

[المسألة السادسة إذا فسخ الزوج بأحد العيوب فإن كان قبل الدخول فلا مهر]

المسألة السادسة إذا فسخ الزوج أو الزوجه بأحد العيوب السابقه ف لا- يخلو إما أن يكون قبل الدخول أو بعده، حيث يجوز للجهل بالحال، و على التقديرين إما أن يكون العيب متقدما على العقد أو متأخرا عنه، قبل الدخول أو بعده بناء على تحقق الخيار بذلك، و الفاسخ إما الزوج أو الزوجه، و على كل تقدير إما أن يكون هناك مدلس أم لا، فالصور أربعة و عشرون صوره.

و خلاصه الحكم فيها فى فسخ الزوج أنه إن كان قبل الدخول فلا مهر بلا خلاف، بل لعل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى

قول الباقر عليه السلام فى صحيح أبى عبيده (١): «و إن لم يكن دخل بها فلا عده لها، و لا مهر لها»

والصادق عليه السلام فى خبر أبى الصباح (٢)

«يردها على أهلها صاغره، و لا مهر لها»

وقول على عليه السلام فى خبر غياث (٣) عن جعفر عن أبيه عليهما السلام «فى رجل تزوج امرأه فوجدها برصاء أو جذماء: إن كان لم يدخل بها و لم يبين له فان شاء طلقها، و إن شاء أمسك، و لا صداق لها، و إذا دخل بها فهى امرأته»

المراد من الطلاق فيه الفراق قطعا، ضروره عدم اشتراط الطلاق المنصوص بالشرط المزبور، إلى غير ذلك من النصوص الداله عليه منطوقا و مفهوما، و لأنه و إن كان الفسخ منه لكنه لعيب فيها، فهو سبب منها، بل الأصل فى الفسخ اقتضاؤه رد كل عوض إلى مالكة.

و إن كان بعده فلها المسمى بما استحل من فرجها و ل ظهور النص (٤)

و الفتوى فى أنه يثبت بالوطء ثبوتا مستقرا، فلا يسقط بالفسخ الذى قلنا: إن مقتضاه لو لا ذلك رد كل عوض إلى مالكة، على أن أحد العوضين هنا و طء البضع و لو مره، و الفرض أنه قد استوفاه، و لا يمكن إرجاعه، فالفسخ حينئذ

١-١ الوسائل الباب- ٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب- ١- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٤.

٣-٣ الوسائل الباب- ١- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١٤.

٤-٤ الوسائل الباب- ٥٤- من أبواب المهور.

ليس إلا- لإزاله قيد النكاح هنا حال الفسخ، و ليس هو إبطالا له من أصله، و دعوى إمكان رد الوطاء بغرم مهر المثل الذى هو قيمه له تحتاج إلى دليل، و ليس بل الدليل على خلافها متحقق، كما عرفت. مضافا إلى خبر الحسن بن صالح (١)

و غيره المصرح فيه بذلك و بها يخرج عن ذلك لو سلم اقتضاء الفسخ الرجوع إلى مهر المثل، نعم صرح فى النصوص (٢)

المزبوره بأن له الرجوع به على المدلس متحدا كان أو متعددا، و ليا شرعيا كان أو غيره، كما ستعرف تحقيق الحال فيه فى فصل التدليس، و قد أفتى به الأصحاب من غير خلاف يعرف فيه بينهم، لذلك و لقاعده الغرور، فما عساه يقال أو قيل - من إشكاله بأنه إن كان حقا ثابتا لها بالدخول فلا رجوع على المدلس - مدفوع بما عرفت.

نعم على الزوج البينه لو أنكر الولي مثلا- علمه بالعيب و أمكن فى حقه، فان فقدها فله عليه اليمين، فإذا حلف رجوع الزوج إلى المرأة، لأنها الغاره حيث لم يعلم الولي بذلك، فإذا ادعت اعلامه حلف أيضا إن لم يكن لها بينه، و لا تكفى اليمين الأولى، لأنها لمدع آخر، فان نكل أو رد اليمين حلفت، و ثبت الرجوع لها بحسب هذه الدعوى، و يحتمل أن لا تحلف، لاستلزامه إبطال الحكم بعدم الرجوع بالحكم بالرجوع، و أن يبنى على اليمين المردوده كالإقرار، فتحلف لسماح إقرار المنكر بعد الإنكار و الحلف أو كالبينه، فلا تحلف لعدم سماع البينه بعد حلف المنكر. و لعل الأولى من ذلك القول بأن لها الرجوع لا له كى يتأتى الخلاف.

و على كل حال فان لم يكن مدلسا حتى هى بأن لم تعلم المرأة ما بها من العيب لخفائه أو لجهلها بكونه عيبا فلا رجوع له بشىء حينئذ، بلا خلاف أجده فيه، بل هو ظاهر النصوص (٣)

المعلة باستحقاقها المهر باستحلاله فرجها، بل هو مقتضى

١- ١ الوسائل الباب- ٣- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٣.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢- من أبواب العيوب و التدليس.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢ و ٥ و الباب- ٣- منها الحديث ٣.

ما دل على استقرار المهر بالوطة، فيدفع حينئذ لها تمام المسمى لما عرفت.

نعم لو كانت هي المدلسه رجع عليها التدليس، و

فى خبر رفاعه (١) عن أمير المؤمنين عليه السلام «لو أن رجلا- تزوج امرأه أو زوجها رجل لا- يعرف دخيله أمرها لم يكن عليه شىء، و كان المهر يأخذه منها»

و فى صحيح الحلبي (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام «فى رجل ولته امرأه أمرها أو ذات قرابه أو جاره له لا يعرف دخيله أمرها، فوجدها قد دلست عيبا هو بها، قال: يؤخذ المهر منها، و لا يكون على الذى زوجها شىء»

بل ذلك مقتضى غيرهما أيضا.

كما أن مقتضى الجميع عدم استثناء شىء من المهر لها إذا رجع عليها، لكن فى القواعد: «رجع عليها إلا بما يمكن أن يكون مهرا» و هو أقل ما يتمول لثلا- يخلو البضع عن العوض، و عن أبى على إلا- بمهر مثلها، فإنه العوض للبضع إذا وطأ لا عن زنا، و يمكن القول برجوعه أجمع من حيث التدليس، لإطلاق الأدله، و عدم خلو البضع عن العوض حتى فى مثل الفرض التى كانت هى السبب فى ذلك ممنوع و بذلك ظهر لك أنه لا- وجه لما عن التحرير من الرجوع على الولى المحرم مع التغير و بدونه، للتفريط بترك الاستعلام.

كما ظهر لك أنه لا فرق فى ثبوت الأحكام المزبوره بين كون العيب الذى فسخ به حادثا قبل العقد و بعده، بناء على الخيار به، لكن فى محكى المبسوط «إن كان الفسخ بالمتجدد بعد الدخول فالواجب المسمى، لأن الفسخ انما يستند إلى العيب الطارى بعد استقراره، و إن كان بعيب موجود قبل العقد أو بعده قبل الدخول و جب مهر المثل، لأن الفسخ و إن كان فى الحال إلا أنه مستند إلى حال حدوث العيب، فيصير كأنه وقع مفسوخا حين حدوث العيب، بل فيصير كأنه وقع فاسدا، فيلحقه أحكام الفاسد إن كان قبل الدخول، فلا مهر و لا نفقه، و إن كان بعده فلا نفقه

١-١ الوسائل الباب-٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢.

٢-٢ الوسائل الباب-٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٤ «أو جار لها».

للعده، و يجب مهر المثل».

و لا يخفى عليك ضعفه، إذ فيه - مع منافاته لما سمعته - أن النكاح وقع صحيحا، و الفسخ و إن كان بسبب العيب السابق لا يبطله من أصله بل من حين الفسخ، و لا يزيل الأحكام التي سبقت عليه، خصوصا إذا كان العيب حادثا بعد العقد، فان دليله لا يجيء عليه، و لم أجد أحدا وافقه عليه من أصحابنا، نعم في شرح الإرشاد لبعض العامة ذلك على وجه يظهر كونه مفروغا منه عندهم، و ربما توافقه قاعده الفسخ في الجملة التي أشرنا إليها سابقا، لكن هي هنا من الاجتهاد في مقابله النصوص التي سمعتها، و الله العالم.

و كذا الحكم لو فسخت الزوجه قبل الدخول بل هي أولى من الزوج بذلك باعتبار كون الفسخ من قبلها فلا مهر لها حينئذ بلا خلاف و لا إشكال نصا (١)

و فتوى إلا في العنن للدليل عليه بخصوصه، كما تعرفه.

و لو كان بعده كان لها المسمى الذي استقر بالوطء و بما استحل من فرجها بلا خلاف معتد به أجده فيه، بل حكى بعضهم الإجماع عليه، فالفسخ لو سلم اقتضاؤه الرجوع إلى مهر المثل نحو الإقالة و الخيار في البيع مع تلف أحد العوضين يجب الخروج عنه بذلك كما عرفته في الزوج، و لعل تفصيل الشيخ في العيب بين المتجدد بعد الوطاء و السابق يأتي هنا بناء على فسخها بالمتجدد، فيكون له المسمى به، و مهر المثل بالسابق، بل لعل إطلاق كلام الشيخ كذلك و إن حكى بعضهم الإجماع هنا غير مشير إلى خلافه.

و كذا لو كان الفسخ بالخصاء بعد الدخول ف انه لها أيضا المهر كاملا إن حصل الوطاء إذ هو مع اندراجه في الأدله المزبوره دلت عليه المعبره المتقدمه (٢)

خلافًا للمحكي عن الصدوقين فالنصف، و لعله لما

عن الفقه

١-١ الوسائل الباب- ١١- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب- ١٣- من أبواب العيوب و التدليس.

المنسوب إلى الرضا عليه السلام (١)

«وإن تزوجها خصى و قد دلس نفسه لها و هي لا تعلم فرق بينهما، و يوجع ظهره كما دلس نفسه، و عليه نصف الصداق، و لا عده عليها منه»

و ربما جمع بينه و بين غيره بحمل ما عداه على صورته الدخول و حمله على ما قبل الدخول ل

لصحيح المروى عن قرب الاسناد (٢) عن «خصى دلس نفسه لامرأه ما عليه؟ قال: يوجع ظهره، و يفرق بينهما، و عليه المهر كمالاً إن دخل بها، و إن لم يدخل بها فعليه نصف المهر».

و فيه - مع عدم ثبوت نسبه الكتاب المزبور إليه عليه السلام عندنا - أنه مخالف للقولين معاً، إذ هما بين مثبت للنصف مطلقاً و الجمع بالدخول، و من هنا كان المتجه مساواه الخصاء لغيره في الحكم الذى ذكرناه، و هو لا مهر مع عدم الدخول و الكل معه.

نعم ظاهر بعض و صريح آخر إلحاق الخلوه بالدخول فى وجوب الكل، و هو بحث آخر يأتى فى محله، اللهم إلا أن يقال: إنا و إن لم نقل بكون الخلوه كالدخول فى ذلك مطلقاً لكنها كذلك فى المقام لظهور النص و الفتوى، و فيه منع، ضروره ظهور لفظ «الدخول» فى المتن و غيره فى الوطاء، بل كاد يكون صريح قرب الاسناد (٣)

و به يقيد خبر سماعه (٤)

كما أنه يعلم المراد من الدخول عليها فى صحيح ابن مسكان (٥)

المتقدمين آنفاً، و احتمال العكس يدفعه رجحان الأول بانسياقه و غيره عليه، و الله العالم. و على كل حال فقد ظهر لك الكلام فى جميع صور المسأله.

كما أنه ظهر لك أيضاً عدم سقوط الخيار فى الزوج و الزوجه بالدخول قبل العلم بالعيب السابق الذى لم أجد فيه خلافاً، بل يمكن تحصيل الإجماع، للأصل

١- ١ المستدرک الباب- ١٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٣- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٥.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٣- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٥.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١٣- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢.

٥- ٥ الوسائل الباب- ١٣- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٣.

و صحيح أبى عبيده (١)

و خبرى الحسن بن صالح (٢)

و الكنانى (٣)

المتقدمه سابقا و غيرها، نعم

فى الأخيرين منها «إن علم بها قبل أن يجمعها ثم جامعها فقد رضى بها»

و عليه حينئذ ينزل إطلاق ما دل (٤)

على سقوط الخيار بالدخول، كما أن منه يعلم الحال فى الزوجه بالنسبه إلى سقوط خيارها بعد العلم و الرضا بمواقعته، إذ الظاهر عدم الفرق بينهما فى ذلك.

و كذا منها يستفاد عدم الخيار فيهما أيضا مع العلم بالعيب قبل العقد الذى لم أجد فيه خلافا بيننا أيضا، لذلك و للأصل، و اشتراطه بالتدليس فى صحيح أبى عبيده (٥)

و صحيح ابن مسلم (٦)

بل مورد أكثر النصوص الجاهل فما عن الشافعى - من ثبوته للعالم لإطلاق بعض النصوص المراد منه حال الجهل قطعا و لو بقرينه ما عرفت - واضح الفساد.

إنما الكلام فى المراد من

قوله عليه السلام: «فقد رضى»

هل هو السقوط بذلك تعبدا بمعنى أن هذا الفعل يكون منه بحكم الرضا بالنسبه إلى اللزوم مطلقا أو ما لم يعلم منه عدم كون ذلك منه عن رضا بالفعل سقط الخيار أيضا أو أن السقوط به من حيث دلالة على الرضا، فلا يسقط الخيار مع فرض عدمها بقرينه و نحوها، بل له حينئذ التصريح ببقاء خيار العيب على مقتضاه مع العقد أو الوطاء ما لم يناف الفوريه لجهل بها و غيره، و ليس هو من اشتراط الخيار فى النكاح، و على التقديرين الأولين فهل يقتصر فى ذلك على الوطاء أو يلحق به كل فعل يقع منه على مقتضى الزوجيه، كاللمس و التقبيل و التفخيذ و نحو ذلك، و جهان: أقواهما الثانى، كما أنه الأقوى فى الثلاثه السابقه فتأمل جيدا، فانى لم أجد ذلك محررا فى كلامهم، و قد تقدم

- ٢-٢ الوسائل الباب-٣- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٣.
- ٣-٣ الوسائل الباب-٣- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.
- ٤-٤ الوسائل الباب-١- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١٤ و الباب-٣- منها الحديث ٢.
- ٥-٥ الوسائل الباب-٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.
- ٦-٦ الوسائل الباب-٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٧.

لنا فى البيع عند البحث عن سقوط الخيار بالتصرف ما يشبه هذا الكلام، فلاحظ و تأمل.

و لو رضى ببرص مثلا ثم اتسع بعده فى ذلك العضو ففى الخيار و عدمه وجهان أقواهما العدم، كما عن التحرير و الجامع، لأن الرضا بالشىء رضا بما يتولد منه، و لأنه عيب واحد و قد حصل الرضا به، خلافا للفاضل فى القواعد فله الخيار، لأنها عيب لم يحصل الرضا به، نعم لو حصل البرص فى غير ذلك العضو اتجه ثبوت الخيار فيه، لظهور المغايره حينئذ مع أن المحكى عن المبسوط التوقف منه، لأن اتفاق الجنس يوجب الرضا بفرد منه الرضا بغيره، أما مع اختلاف الجنس فلا إشكال فى ثبوت الخيار، و الله العالم.

[المسألة السابعة العيب جلى أو خفى]

المسألة السابعة العيب جلى أو خفى، فالجلى قطع المنازعه فيه سهل، و أما الخفى فلا شك فى وجوب البيئه على مدعيه، كما أن على نافية اليمين، بل يعتبر فى الشاهدين مع العدالة العلم بذلك العيب، ككونهما طبييين عارفين يقطعان بوجوده إن كان مما يمكن علم الغير به كالبرص و الجذام الخفيين، و إن كان لا يعلمه غالبا إلا صاحبه كالعنن لم تسمع البيئه.

و لذا ذكر غير واحد من الأصحاب بل لم أجد فيه خلافا منهم أنه لا- يثبت العنن إلا- بإقرار الزوج أو البيئه بإقراره أو اليمين المردوده أو نكوله بناء على القضاء به و إن لم يرد اليمين.

و حينئذ ف لو لم يكن ذلك و ادعت عننه فأنكر فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل السلامه أو لأنه يترك لو ترك، و لما تسمعه من الصحيح (١)

الاتى، و لا تسمع منها البيه على العنن نفسه، لكونه لا يعلم إلا من قبله، ضروره كونه أعم من العجز عن وطء امرأه بخصوصها، بل أشكل فى المسالك ثبوته باليمين المردوده بناء على أنها كالبينه بكونها حينئذ كالبينه منها، و الفرض عدم سماعها منه فكذا ما قام قيامها، و إنما تسمع البيه بإقراره و هى لم تدع إقراره بذلك كى ينزل يمينها المردوده منزلته، و انما ادعت العيب فينزل يمينها منزله البيه عليه، و إن كان قد يدفع بأن المراد كونها بحكم البيه المسموعه فى إثبات الحق، لا أن المراد بحكم البيه حينئذ فى السماع و عدمه، نعم قد يشكل أصل الحكم بأن قبول يمينها يقتضى إمكان اطلاع الغير عليه لا من جهة الإقرار، فيتجه سماع البيه عليه.

اللهم إلا- أن يفرق بين الزوجه و غيرها بإمكان اطلاعها عليه بدور الأيام و تكرر الأحوال و تعاضد القرائن بخلاف غيرها، و هو كما ترى، ضروره إمكان تعاضد القرائن للغير أيضا خصوصا مع الاختبار مع ذلك بالعلامات المذكوره عند الأطباء، و وردت بها بعض النصوص (١)

بل قيل و القائل ابنا بابويه و ابن حمزه: إنه يقام فى الماء البارد فان تقلص أى تشنج حكم بقوله، و إن بقى مسترخيا حكم لها بل عن الفقيه روايته (٢) عن الصادق عليه السلام و فقه الرضا عليه السلام (٣)

و ظاهرهم الحكم بها و إن لم تفد القطع بذلك و إن كان هذا القول ليس بشىء عند المتأخرين، لعدم الوثوق بالانضباط، و عدم الوقوف على مستند صالح لإرسال الخبر، نعم هو قول الأطباء، و كلامهم يثمر الظن الغالب بالصحة إلا- أنه ليس طريقا شرعيا، لكن الغرض أن هذه الأماره المعروفة عند الأطباء و وردت بها الروايه إذا انضمت أيضا إلى ما

فى المرسل (٤) من «أنه يطعم السمك الطرى ثلاثه أيام ثم يقال له: بل على

١- ١ الوسائل الباب- ١٥- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٤.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٥- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٤.

٣- ٣ المستدرک الباب- ١٤- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١٥- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٥.

الرماد، فان ثقب بوله الرماد فليس بعينين، و إن لم يثقب بوله الرماد فهو عينين»

بل ظاهر الفقيه العمل به أيضا لروايته له فيه، و إلى غير ذلك من القرائن، و الأمارات قد تفيد القطع كما استفادته الزوجه حتى قبل منها اليمين، مع أن العجز عنها لا يقتضى العنن، فدعوى إمكانه منها دون غيرها- على وجه ترد البينه العادله لو شهدت به لعدم إمكان العلم لها فهي حينئذ مشتبهه فى الظن بالقطع - كما ترى.

و لعله لذا قبل بعض العامه البينه عليه، و هو قوى جدا، بل هو الوجه فيما سمعته من الخبرين السابقين على معنى إمكان حصول القطع بما فيهما بعد فرض غيرهما من الأمارات، بل لعل ذلك مراد بنى بابويه و حمزه، لا أن المراد الحكم بذلك و إن لم يحصل القطع منهما، فلا خلاف حينئذ فى المسأله، و الله العالم.

و كيف كان ف لو ثبت العنن بإقراره و غيره و رفعت أمرها إلى الحاكم و أجله سنه على ما ستعرف ثم ادعى الوطاء فالقول قوله أيضا مع يمينه على الأشهر، كدعوى عدم العنن أصلا، لأنه لا يعلم أيضا إلا من قبله، و يتعذر أو يتعسر إقامة البينه عليه فيقبل قوله، كدعوى الامراه انقضاء العده بالأقراء، و لعدم ثبوت العنن قبل مضى سنه التأجيل، و إنما الثابت قبلها العجز الذى يمكن معه العنه و عدمها، و لذا أجل سنه لتتظر أ يقدر على الوطاء أم لا-؟ فان قدر فلا عنه و إلا ثبت، فيرجع حينئذ دعواه إلى إنكارها، كالأول الذى قد عرفت عدم الخلاف و الاشكال فى ثبوت قوله فيه، و استصحاب العجز الثابت سابقا لا يصلح لإثبات العنن بناء على اعتبار العجز سنه فيه، ضروره عدم كون ذلك مما يثبت بالاستصحاب، بل هو بالنسبه إليه من الأصول المثبتة التى ليست بحجه، و لأنه- بموافقته لأصالة اللزوم، و يترك لو ترك- يكون منكرا، فيقبل قوله حينئذ بيمينه، و لإطلاق

صحيح أبى حمزه (١)

«سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: إذا تزوج الرجل المرأة الثيب التى قد تزوجت غيره فزعمت أنه لم يقربها منذ دخل بها، فان القول فى ذلك قول الرجل،

و عليه أن يحلف بأنه لقد جامعها، لأنها المدعية، قال: فان تزوجها و هي بكر فزعمت أنه لم يصل إليها، فإن مثل هذا يعرفه النساء، فلينظر إليها من يوثق به منهن، فإذا ذكرت أنها عذراء فعلى الامام أن يؤجله سنه، فان وصل إليها و إلا فرق بينهما، و أعطيت نصف المهر، و لا عده عليها»

و فى المحكى

عن فقه الرضا عليه السلام (١)

«و إذا ادعت أنه لا يجامعها عينا أو غير عينين، فيقول الرجل:

إني قد جامعتها فعليه اليمين و عليها البينه، لأنها المدعية».

أما ما فى المسالك- من إشكال الاستدلال بالصحيح بأن محل البحث ما إذا ثبت عننه و مورد الروايه دعواها عليه ذلك مع عدم ثبوت ذلك، و قبول قوله هنا واضح، كما مر فى المسألة الأولى، لأنها المدعية و هو المنكر، لموافقته قوله أصل السلامه بخلاف موضع النزاع، لتحقق العيب، فهو فيه المدعى، لزوال ما كان قد ثبت- يدفعه ظهور الصحيح فى أن مورد الخلاف بينهما فى الوطء و عدمه الشامل بإطلاقه محل النزاع، و قد جعلها المدعية فيه مع موافقه قولها لأصالة عدم وطئها و مخالفه قوله لذلك، و ما هو إلا لأنها تريد بذلك إثبات التسلط على الفسخ الشامل للصورتين.

و لعله لذلك و غيره مما سمعته لم أجد أحدا قال بتقديم قولها عليه بيمينها. نعم قيل و القائل الصدوق فى المقنع و الشيخ فى الخلاف و جماعه:

إن ادعى الوطء قبلا و كانت بكرًا نظر إليها النساء، و إن كانت ثيبًا حشى قبلها خلوقًا فان ظهر على العضو صدق بل عن الخلاف دعوى إجماع الفرقه و أخبارها عليه، و لعلها للصحيح (٢)

المزبور فى البكر و ل

خير عبد الله بن الفضل (٣) عن بعض مشيخته قالت امرأه لأبى عبد الله عليه السلام أو سأله رجل «عن رجل تدعى عليه امرأته أنه عينين و ينكر الرجل، قال: تحشوها القابله بالخلوق و لم يعلم الرجل،

١- ١ المستدرک الباب- ١٤- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٥- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٥- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢.

و يدخل عليها الرجل، فان خرج و على ذكره الخلق صدق و كذبت، و إلا صدقت و كذب»

وخبر غياث بن إبراهيم (١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «ادعت امرأه على زوجها على عهد أمير المؤمنين عليه السلام أنه لا يجامعها، و ادعى أنه يجامعها، فأمرها أمير المؤمنين عليه السلام أن تستدفر بالزعفران ثم يغسل ذكره، فان خرج الماء أصفر صدقه، و إلا أمره بطلاقها»

لكنه كما ترى ليست في العن بعد ثبوته، بل العبارة المحكيه عن الخلاف كذلك أيضا، فينبغي أن يجعل قولاً- في المسأله السابقيه، مضافاً إلى القول بوضعه في الماء، اللهم إلا أن يقال بعد فرض اعتبار ذلك شرعاً: لا فرق فيه بين الحالين، نعم ينبغى الاطمئنان بعدم احتيال الزوج في وضع الخلق، كأن يكون غير عالم أو يشد يده كما أوماً إليه في الخبر (٢).

و ينبغى أن يكون محل ذلك النزاع في الوطء فعلاً و عدمه، إلا أن المصنف و غيره أطلق تقديم قوله بيمينه في الصورتين على كل حال، من غير فرق بين البكر و الثيب، بل قال بعد حكايته القول المذكور و هو شاذ و لعله لما عرفت من أنه منكر بالتقرير الذي سمعته، و لفقد شرائط الحجية في الخبرين، و لأن عدم الوطء في القبل على تقدير ثبوت البكاره لا يستلزم العن، لإمكان وطئه غيرها، و كذا الكلام في ذات الخلق، و ثبوت كذبه فيما ادعاه لا يثبت العن، و من هنا لم يأمرها عليه السلام بالفسخ عنه، بل أمره بطلاقها.

لكن قد يناقش بصحة الخبر المشتمل على الكبر، و دعوى الشيخ الإجماع على مضمون الخبرين السابقين، فلا يبعد القول بهما بعد ثبوت العن و لو بإقراره و دعواه ارتفاعه بالسبب الخاص الذي يمكن تبين صدقه من كذبه فيه بالطريق المزبور فيختبر حينئذ و يحكم به.

بل قد يقال: بصحة الاختبار المزبور قبل ثبوت العن أيضا في إثباته، ثم يحكم بالأجل له بناء على الاكتفاء فيه بالعجز عن خصوص المدعيه، مع عدم العلم بإمكانه وطئه غيرها، فمع فرض تبين كذبه في دعواه و طؤها يضرب له الأجل

١-١ الوسائل الباب- ١٥- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٣.

٢-٢ الوسائل الباب- ١٥- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢.

و يختبر فيها حينئذ بالطريق المزبور مع فرض دعواه عدم العنن بوطنها فعلا.

نعم لو ادعى أنه وطأ غيرها أو وطأها دبرا كان القول حينئذ قوله مع يمينه و يحكم له، كما أنه يحكم عليه إن نكل، و قيل: بل يرد اليمين عليها، و هو أى الحكم المردود فى المسأله مبنى على القضاء بالنكول أو باليمين من المدعى، و سيأتى إنشاء الله تحريره فى كتاب القضاء، نعم قيل: إنه على تقدير توقف القضاء على اليمين برده أو مع نكوله إنما يتم لو كان النزاع فى وطئها دبرا مثلا، لا مكان حلفها حينئذ، أما لو كانت وطأ غيرها لم يمكنها الحلف على عدمه مطلقا لأنه حلف على نفي فعل الغير على وجه لا ينحصر، و فيه أنه يمكن فرضها العلم بكذبه بحصر دعواه الوطء فى وقت مخصوص مثلا و كان فى ذلك الوقت حاضرا معها، أو بغير ذلك.

هذا و قد يقال أيضا بالاختبار بالطريق المزبور أيضا مع فرض إمكانه و كون الدعوى على وجه يتميز صدقها و كذبها به، و عدم ذكره نسا و فتوى لتعسر إمكانه غالبا فى غير المدعيه.

و بالجمله يكون المحصل من النصوص أجمع أنه إن أمكن معرفه صحه الدعوى و فسادها بطريق من الطرق على وجه يحصل العلم بذلك فعل، و إلا كان المرجع إلى قاعده المدعى و المنكر، و أنها هى المدعيه و هو المنكر كما عرفت، و الله العالم.

[المسأله الثامنه إذا ثبت العنن فإن صبرت فلا كلام]**إشاره**

المسأله الثامنه:

إذا ثبت العنن بأحد الوجوه السابقه فإن صبرت عالمه بالموضوع و الحكم راضيه فلا كلام كما لا خلاف فى عدم الخيار لها بعد ذلك إذا أرادت، بل لعل الإجماع بقسميه عليه، و لأنه حق متحد يسقط بالإسقاط، و ل

لمرسل فى الفقيه (١)

«متى أقامت المرأه مع زوجها بعد ما علمت أنه عنين و رضيت به لم يكن لها خيار بعد الرضا»

و بذلك افتقرت عن المطالبه فى الإيلاء التى لا تسقط بالإسقاط، لتجدد الحق فى كل وقت، بل الظاهر سقوط هذا الخيار بالإسقاط و لو فى أثناء السنه لعدم الفرق بين ما قبلها و بعدها و أثنائها، بل لو لم تعلم بعننه فأسقطت خيارها على تقدير عننه فالظاهر السقوط على نحو إسقاط خيار العيب فى البيع قبل العلم بثبوتها بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك، نعم عن العامه وجه بعدم اللزوم فى الاختيار فى الأثناء بناء على أن لا خيار لها إلا بعد الأجل، فلا عبره باختيارها المقام كما لا عبره بفسخها، و ضعفه ظاهر.

إنما الكلام فى اقتضاء نفس الصبر عن المرافعه ذلك، كما هو الظاهر من الشيخ و جماعه، بل صرح بعضهم بفوريه المرافعه كفوريه الفسخ، إلا أنه مع وجوب تقييده بعدم العذر لها فى ذلك لجهل و نحوه قد يناقش بأعميه الصبر من ذلك، خصوصاً مع التصريح منها بعدم كون ذلك عن رضا به، و بعدم الدليل على وجوب الفور فى المرافعه على وجه يقتضى سقوط خيارها بعد ذلك، حتى لو صرحت بعدم كون ذلك عن رضا منها، خصوصاً مع وضوح الفرق بينها و بين الخيار بأن مشروعيتها على الفور على وجه لو تواطئها على التراخي لم يكن لهما بخلاف المرافعه، اللهم إلا أن تدفع بمنافاه التراخي فى المرافعه لفوريه الخيار و للأمر بالترص سنه الذى

قد يجمع بينه وبين الخبر الآخر (١)

المصرح فيه بكون المبدء يوم المرافعه بأن المراد سنه من حين العنن بأمر الحاكم، وذلك لا يكون إلا مع الفور برفع الحال إليه و إلا تأخر الخيار عن زمانه.

و كيف كان ف ان لم تصبر بل رفعت أمرها إلى الحاكم أجلها سنه من حين المرافعه، فإن واقعها أو واقع غيرها فلا خيار لعدم العنن حينئذ بناء على ما عرفته سابقا فى بيان موضوعه، خلافا للمفيد فاكتفى بالعجز عنها، وقد عرفت ضعفه فيما تقدم، و إلا كان لها الفسخ من غير فرق بين العنن السابق على العقد والحادث بعده، بلا خلاف معتد به أجده فيه، بل عن جماعة الإجماع عليه، و هو الحجج مضافا إلى صحيح أبى حمزه (٢)

السابق، و

صحيح محمد بن مسلم (٣) عن أبى جعفر عليه السلام «العنين يتربص به سنه ثم إن شاءت امرأته تزوجت و إن شاءت أقامت»

وخبر البخترى (٤) عنه أيضا عن أبيه عليهما السلام: «إن عليا عليه السلام كان يقول:

يؤخر العنين سنه من يوم مرافعه امرأته، فإن خلص إليها و إلا فرق بينهما، فإن رضيت أن تقيم معه ثم طلبت الخيار بعد ذلك فقد سقط الخيار و لا خيار لها»

و خبر الكنانى (٥) قال: «إذا تزوج الرجل المرأة و هو لا يقدر على النساء أجل سنه حتى يعالج نفسه»

إلى غير ذلك من النصوص المؤيدة بالاعتبار، لأن العجز قد يكون لحر فيتربص به إلى الشتاء، أو برد فيتربص به إلى الصيف، أو رطوبه فيتربص به إلى الخريف، أو ييوسه فيتربص به إلى الربيع، فما عن أبى على من قصر التأجيل على الحادث بعد العقد دون السابق، فيجوز لها الفسخ فيه فى الحال، ل

قول الصادق عليه السلام فى خبر غياث (٦)

«إذا علم أنه عنين لا يأتى النساء فرق بينهما»

و خبر أبى الصباح (٧)

«سألته عن امرأة ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع أبدا أ تفارقه؟

١- ١ الوسائل الباب- ١٤- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٩- ١٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٥- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.

- ٣-٣ الوسائل الباب-١٤- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٥.
- ٤-٤ الوسائل الباب-١٤- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٩.
- ٥-٥ الوسائل الباب-١٤- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٧.
- ٦-٦ الوسائل الباب-١٤- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢.
- ٧-٧ الوسائل الباب-١٤- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٦.

قال: إن شاءت»

و هما مع الضعف مطلقان لا بد من حملهما على التفصيل فى الأخبار الأول، بل فى المختلف «إن العلم بعننه إنما يحصل بالتأجيل سنه».

هذا و من المعلوم سقوط حكم العنه بتغيب الحشفه فى الفرج بحيث يشتمل عليها شفراها اتفاقا، فإنه أقل و طء معتبر شرعا مستوجب لسائر أحكامه، نعم لو لم يشتمل عليها الشفران بأن انقلبا فى الاعتبار وجهان للشافعية: أظهرهما الاعتبار لحصول التقاء الختانين، فان المشهور فى معناه التحاذى، و لتحقق الإيلاج الذى لا يقدر عليه العنين، و كون الشفرين بمنزله ما يلف على الذكر من خرقة و نحوها.

و لو كان مقطوع الحشفه فالظاهر اعتبار قدرها، و ربما احتمل اعتبار دخول المجموع لأنه مع وجود الحشفه يكون للوطء المعتبر حد يرجع إليه، و لا كذلك مع القطع، فلا يقطع بحصول المعتبر منه إلا بتغيب الجميع، و عن التحرير التردد.

و على كل حال فلها أيضا بعد الفسخ نصف المهر بلا خلاف معتد به أيضا، بل لصحيح أبى حمزه (١)

السابق المعتضد بالعمل و بما عن فقه الرضا عليه السلام (٢)

الذى يجب به الخروج عن مقتضى قاعده الفسخ، خلافا لأبى على أيضا، فالجميع إذا خلا بها و إن لم يدخل، بناء منه على إلحاق الخلوه بالدخول بالنسبه إلى قرار المهر، و ستمسح الكلام فيه فى محله إنشاء الله بل لو سلم كان المتجه هنا القول بالنصف، للصحيح المزبور المعتضد بما عرفت الذى لا يعارضه

المروى عن قرب الاسناد (٣)

«عن عنين دلس نفسه لامرأه ما حاله؟ قال: عليه المهر، و يفرق بينهما إذا علم أنه لا يأتى النساء»

بعد قصور سنده و الاعراض عنه، مع أنه خال عن التقييد بالخلوه.

-
- ١-١ الوسائل الباب-١٥- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.
 - ٢-٢ المستدرک الباب-١٣- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٤.
 - ٣-٣ الوسائل الباب-١٤- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١٣.

[تتمه يثبت غير العنن من العيوب بإقرار صاحبه]

تتمه:

يثبت غير العنن من العيوب بإقرار صاحبه، و اليمين المردوده، و النكول على قول، و شهاده عدلين، و فى العيوب الباطنه للنساء بشهاده أربع من النساء عادلّات، لصحيح داود بن سرحان (١)

السابق و غيره.

و لو كان لكل من الرجال و الامراه عيب موجب للخيار يثبت لكل منهما، لإطلاق الأدله، حتى فى الرتق الممتنع إزالته مع الجب، و إن كان لا يخلو من إشكال باعتبار ظهور النص فى أن العله فى ذلك تضرر أحدهما بعدم التمكن من الوطاء، و هنا لا ضرر لاشتراكهما.

و لو طلق قبل الدخول ثم علم بالعيب لم يسقط عنه ما وجب بالطلاق: و لا فسخ له هنا لعدم الزوجيه، بل و كذا بعده حتى فى الرجعيه، لذلك أيضا مع احتمالها فيها، لبقاء العلقه، فيفيد حينئذ تعجيل البينونه، و حل الخامسه، و الأخت، و انقطاع الإرث، و نفقه العده، و ليس له الرجعه ثم الفسخ بالعيب، لكونها بعد العلم به رضا به، نعم لو لم يعلم إلا بعد الرجعه كان له الفسخ بلا إشكال.

و هل يثبت للأولياء الخيار إذا ظهر لهم العيب؟ الوجه ذلك، كما فى القواعد مع مصلحه المولى عليه، زوجا كان أو زوجة، للعموم المقتصر على خروج الطلاق منه نسا و إجماعا، و حينئذ فإذا اختار الإمضاء لم يكن للمولى عليه بعد كما له فسخ، لكن فى القواعد لم يسقط خياره، و كأنه مناف لإثباته للمولى، نعم قد يحتمل عدم الخيار للمولى كما سمعته سابقا فى نظائر المقام، لأنه منوط بالشهره، فهو كالطلاق، بل لعله المشهور فى غير المقام، لكن سمعت المناقشه فيه هنا، و الله العالم.

[المقصد الثالث فى التدليس]**اشاره**

المقصد الثالث فى التدليس: و هو تفعيل من المدالسه بمعنى المخادعه، و الدلس محركا الظلمه، فكأن المدلس لما دلس و خدع أظلم الأمر على المخدوع، ذكروه فى كتاب البيع، و أثبتوا به الخيار إن فعل ما يظهر به ضد الواقع، كتحميم وجه الجاريه و وصل الشعر، و التصريه للشاه و نحو ذلك، و لعل ذلك هو المنساق منه، إلا أن الذى يظهر من نصوص (١)

المقام بل هو صريح جماعه من الأصحاب تحققه هنا بالسكوت عن العيب مع العلم به، فضلا عن الإخبار بضده: من السلامه و بوصف الحريه و نحوها و اشتراط البكاره على حسب ما ستعرفه، و كأنه المنشأ فى ذلك أدله المقام.

و منه يعلم ما فيه من الاشكال به فى القواعد، قال فيها: «و يتحقق بإخبار الزوجه أو وليها أو ولى الزوج أو السفير بينهما على إشكال بالصحه أو الكماليه عقيب الاستعلام أو بدونه، و هل يتحقق لو زوجت نفسها أو زوجها الولي مطلقا؟ إشكال، و لا يتحقق بالاخبار لا للتزويج أو له لغير الزوج» بل فى كشف اللثام بعد أن ذكر وجه الاشكال من عدم الاخبار، و من انصراف الإطلاق إلى السالم الكامل، و إطلاق

قوله عليه السلام فى خبر رفاعه (٢)

«و إن المهر على الذى زوجها، و انما صار عليه المهر لأنه دلستها»

قال: «و هو عندى ضعيف مخالف للأصول، خصوصا فى الكمال، و لا سيما بالنسب و نحوه، و لو فرق بين ما يعلم عاده عدم الرغبه فى النكاح معه من عيب أو نقص مطلقا أو بالنظر إلى حال الزوج و خلافه كان حسنا، و مثله الكلام لو زوج نفسه أو زوجه الولي مطلقا».

١-١ الوسائل الباب-١- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٦ و ١٤ و الباب-٢- منها الحديث ٧.

٢-٢ الوسائل الباب-٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢.

قلت: لا إشكال في عدم التدليس بالسكوت عن صفة الكمال، كما لا إشكال في تحقق حكمه بالسكوت عن العيب من العالم به، هي أو وليها، وليس الدليل منحصرًا في خبر رفاعه الذي وصفه بالضعف و المخالفه للأصول.

بل يشعر به

صحيح الحلبي (١) عن الصادق عليه السلام «في الرجل الذي يتزوج إلى قوم فإذا امرأته عوراء و لم يبينوا له، قال: لا ترد إنما يرد النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل، قلت: أ رأيت إن كان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها؟

قال: لها المهر بما استحل من فرجها، و يغرم وليها الذي أنكحها مثل ما ساق إليها»

ضروره ظهورهما في تحقق التدليس الذي يرجع به على الولي بعدم بيان مثل هذه العيوب، و نحوه صحيح محمد بن مسلم (٢) عن الباقر عليه السلام.

و إطلاق

مرسل ابن بكير (٣)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأه بها الجنون و البرص و شبه ذلك، قال: هو ضامن للمهر».

و ما يشعر به

صحيح الحلبي (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل ولته امرأه أمرها أو ذات قرابه أو جاره له لا يعرف دخيله أمرها فوجدها قد دلست عيبا هو بها، قال: يؤخذ المهر منها، و لا يكون على الذي زوجها شيء».

و خبر محمد بن مسلم (٥) عن أبي جعفر عليه السلام إنه قال: «في كتاب على عليه السلام من زوج امرأه فيها عيب دلسه و لم يبين ذلك لزوجها فإنه يكون لها الصداق بما استحل من فرجها، و يكون الذي ساق الرجل إليها على الذي زوجها و لم يبين»

إلى غير ذلك من النصوص الداله على ذلك، ك صحيح الحذاء (٦)

و صحيح داود بن سرحان (٧)

١- ١ ذكر صدره في الوسائل الباب- ١- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٦ و ذيله في الباب- ٢- منها الحديث ٥.
٢- ٢ أشار إليه في الوسائل الباب- ١- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٦ و في الباب- ٢- منها الحديث ٥ و ذكره في الفقيه ج ٣ ص ٢٧٣ الرقم ١٢٩٧.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٣.

٤-٤ الوسائل الباب-٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٤ «. أوجار لها»

٥-٥ الوسائل الباب-٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٧.

٦-٦ الوسائل الباب-٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.

٧-٧ الوسائل الباب-٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٦.

و خبر غياث بن إبراهيم (١)

و غيرها.

بل هو أيضا ظاهر المحكى عن مبسوط الشيخ و ابن الجنيدي، و صريح المحكى عن التحرير، بل صرح به أيضا ثاني الشهيدين و المحققين، بل فى موضع من جامع المقاصد أنه المفهوم من كلام الفقهاء و النصوص عن أئمة الهدى صلوات الله عليهم أجمعين، فلا إشكال حينئذ فى تحققه فى ذلك هنا.

كما لا إشكال فى اعتبار الاشتراط أو الوصف بالنسبه إلى صفات الكمال، كما تسمع ما ورد فيها من النصوص (٢)

و أما إشكاله فى السفير ففى جامع المقاصد «إن أراد به المتولى للعقد بين الزوجين لم يكن للإشكال فيه وجه، لأن النص و كلام الأصحاب صريحان فى أن العاقد على ذات العيب يغرم مهرها إلا- إذا لم يكن عالما بحالها، فالغرم عليها، و إن أراد به الرسول بينهما و المتولى للعقد غيره فالغرم على العاقد لا عليه، نعم يجىء الإشكال فيما إذا كان العاقد بعيدا عن العلم بأحوال الزوجه و الواسطه عالما بحالها، لأنه حينئذ غار يتغرم و ظاهر النص ينفى الغرم عنه لتعليقه بالمنكح، و مثله ما لو أخبر السفير الولي بأنه أعلم الزوج بالعيب مثلا- و كان كاذبا، فإن الإشكال فى تغريمه من حيث إنه غار، و من حيث إن الولي مفترط فى الركون إلى خبره، هذا حكم العيب، و أما حكم النقص فان الغرم على وصف المرأة بالحرية فظهرت أمه، و على من شرط البكاره فظهر ضدها، و لا تفاوت بين كونه وليا و أجنبيا».

و لا يخفى عليك ما فى كلامه من التشويش الذى لم يرجع إلى محصل، و الذى يظهر من نصوص (٣)

المقام أن المدلس الذى يرجع عليه بالمهر هو المتولى شرعا لأمر المرأة، أو عرفا و لو بتوليتها هى أمرها إذا كان عالما بعيبها عارفا بدخيله أمرها، و لا مدخلية للأجنبى المباشر للفظ العقد، و الإنكاح الموجود فى

١- ١ الوسائل الباب- ١- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١٤.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٨ و ١٠- من أبواب العيوب و التدليس.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢- من أبواب العيوب و التدليس.

النص (١) لا يراد منه مباشرة العقد، بل المراد منه من يسند اليه التزويج على وجه إسناده إلى الأولياء العرفيين الذى يكون العقد عليها حد ما وقع بأمرهم من مقدمات النكاح، وهو الذى يراد منه الاعلام بالأمر و إظهار الحال للزوج، كما أنه هو الذى يسند اليه التفريط بترك الاخبار، بل الظاهر اختصاصه بالغرامه و إن كان قد شاركته الامراه بعد إعلام الزوج إلا أنه حيث كان المتولى الذى يراد منه الاخبار بنحو ذلك اختص بالغرامه دونها، بل ربما كان القول قولها يمينها لو أنكر العلم بالعيب الظاهر فيها الذى يبعد خفاؤه على مثله، كما صرح به فى جامع المقاصد فى مقام آخر بعد أن ذكر ما لا- يخلو من تشويش أيضا فيما يصير الشخص مدلسا، قال:

«و يناسب الحال أن يراد بالولى هنا المتولى لأمرها و إن كان و كيلا بحيث يكون تزويجها مستندا اليه، سواء باشر العقد أم لا، و الاخبار لا تدل على أمر غير ذلك، و الدليل لا ينهض إلا عليه، لأن التدليس منوط بالباعثيه» و كأنه أراد ما ذكرنا، إلا أنه ينبغى أن يعلم أن ذلك من خواص المقام، ضروره عدم جريان مثله فى التدليس بالبيع.

كما أنه ينبغى أن يعلم أنه قد ظهر لك مما ذكرنا مجامعه العيب للتدليس و انفراد كل منهما عن الآخر، فقد يكون عيبا من غير تدليس كما لو كان خفيا على الزوجه و وليها، و ما فى جامع المقاصد من التوقف فى ذلك فى غير محله، و تدليس من غير عيب، كمسائل هذا الفصل المشتمله على فقد صفات الكمال، و تدليس و عيب، كما لو دلس بالعيب، و هو الذى تقدم فى الفصل السابق، إلا أنه لا حكم له زائدا على خيار العيب إلا فى الرجوع بالمهر الذى قد عرفت الكلام فيه، و أما احتمال إثبات الخيار من جهته فهو واضح الفساد، ضروره ظهور النص و الفتوى فى اتحاد جهه الخيار بالتدليس بالعيب الذى قد عرفت أنه يتحقق بمجرد السكوت عن الإخبار بالعيب مع العلم به الذى لا يصح فيه إسقاط الخيار من جهه العيب

و بقاءه من جهة الكتمان، بل النصوص صريحة في فساد، كما هو واضح.

[مسائل]

[المسألة الأولى إذا تزوج امرأة على أنها حرة فبانت أمه كان له الفسخ]

و كيف كان ف فيه أى هذا المقصد مسائل:

[المسألة الأولى إذا تزوج امرأة على أنها حرة فبانت أمه كان له الفسخ]

الأولى إذا تزوج الحر أو العبد امرأة معينة على شرط أنها حرة فبانت أمه كلاً أو بعضاً صح العقد مع إذن السيد أو إجازته و كون العاقد ممن يجوز له نكاح الأمه، لا طلاق الأدله، و الإجماع المحكى عن السرائر، نعم كان له الفسخ و لو دخل قيل: لأن فائده الشرط قلب العقد اللازم جائزاً، بل لا يسقط الخيار الحاصل منه بالتصرف كما عرفت في محله.

و فيه أن الأولى الاستدلال بظاهر النص (١)

و الفتوى بتحقيق الخيار بالتدليس بنحو ذلك، لا- للشرط المزبور، و إلا- لكان مقتضاه ثبوت الخيار بتعذر كل شرط في عقد النكاح، أو بالامتناع من الوفاء به على نحو ما سمعته في البيع، و احتمال الالتزام بذلك ينافيه اقتصرهم في خيار النكاح على العيوب المخصوصه، و التدليس بالأمر المذكوره، بل تصريحهم بعدم قبول النكاح لاشتراط الخيار.

و على كل حال فما قيل و القائل الشيخ في المحكى من مبسوطه و خلافه العقد باطل لقاعده لزوم الوفاء بالشرط المتعذر هنا، بل هو مشخص للمعقود عليها، فمع انتفائه يكون الواقع غير مقصود و المقصود غير واقع- كما ترى، إذ فيه أن لزوم الوفاء به لا يقتضى بطلان العقد بتعذره، خصوصاً مع كونه حقاً للمشروط له، فله إسقاطه و رفع اليد عنه، و تشخيصه للعقد لا يزيد على تشخيص الوصف الذى قد عرفت في محله تسلط الخيار لانتفائه، لا فساد العقد.

و (١١) حينئذ فلا ريب في أن الأول أظهر (١٢) منه، بل هو واضح الضعف، بل لو لم يكن ذلك باذن المولى كان صحيحاً أيضاً موقوفاً على الإجازة، لما عرفته

فى محلّه، نعم لو لم يكن العاقد ممن يجوز له نكاح الأمه كان فاسداً، اللهم إلا أن يريد الشيخ ذلك أو الأول مع التجوز فى البطلان أو أن مذهبه ذلك فى نكاح الأمه من دون إذن سيدها، لما تقدم فى محلّه، و خصوص

خبر الوليد بن صبيح (١) عن أبى عبد الله عليه السلام «فى رجل تزوج امرأه حره فوجدها أمه قد دلست نفسها، قال:

إن كان الذى زوجها إياه من غير مواليتها فالكاح فاسد، قلت: كيف يصنع بالمهر الذى أخذت منه؟ قال: إن وجد مما أعطها شيئاً فليأخذها، وإن لم يجد شيئاً فلا شىء له عليها، وإن كان زوجها إياه ولى لها ارتجع على وليها بما أخذت منه، و لمواليها عليه عشر قيمتها إن كانت بكراً، و إن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها، قال: و تعتد منه عدّه الأمه، قلت: فان جاءت منه بولد، قال: أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن الموالى»

لكن الظاهر إرادته الفساد مع عدم إجازة الموالى، و لا ريب فى الفساد حينئذ، و هو واضح كوضوح الحال فى لزوم العقد على الصحة مع رضا السيد و الزوج بعد العلم بالحال.

و أنه لا مهر لها مع الفسخ قبل الدخول لهما تقدم من أن مقتضاه رد كل عوض إلى صاحبه، بل و لا فى أن لها المهر تماماً بعده لما تقدم من قراره بالدخول، و قد فرض كون العقد صحيحاً، و مقتضى صحته لزوم ما تضمنه من المسمى، و لا يعارضه أن مقتضى الفسخ رجوع المسمى إلى مالكة و غرامه مهر المثل عوض ما استوفاه من منفعة البضع، لما عرفت من أن الفسخ و إن اقتضى ذلك لكن فى خصوص المقام و نظائره لا يقتضى سوى فسخ العقد و رد البضع إلى أهله، للأدلة الدالة على قرار المهر بالدخول و إن فسخ بعده، كما عرفته فيما سبق و تعرفه فيما يأتى، فما عن ابن الجنيد هنا أيضاً من وجوب مهر المثل واضح الضعف، كما عرفته فيما تقدم.

و كذا ما قيل عن المقنع و النهايه و غيرهما لمولاها العشر إن كانت بكراً أو نصف العشر إن كانت ثيباً و يبطل المسمى لصحيح الوليد (٢)

الذى هو

١- ١ الوسائل الباب- ٦٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٦٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.

و إن كان معتبر السند، و قابلا لتخصيص ما دل (١)

على خلافه، و موافقا لقاعده الفسخ فى الجملة و لما دل (٢)

على عدم خلو البضع عن مهر إلا أنه- لإعراض المعظم و احتمال وجوب العشر و نصفه فى صورته الفساد و إن رجع هو به على المدلس إن كان، بل لعله الظاهر منه عند التأمل فهو حينئذ خارج عما نحن فيه، و غير ذلك- كان قاصرا عن معارضه ما دل (٣)

على وجوب المسمى مع صحه العقد من وجوه و من هنا كان الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده، كما عرفت تفصيل الكلام فيه، بل و فى أن لها المسمى أو مهر المثل أو العشر و نصف العشر فى النكاح الفاسد، بل و فى أن وطء الشبهه أيضا يوجب مهر المثل أو المقدر، و فى أنه يغرم أرش البكاره مع ذلك أيضا أولا و فى استحقاقها العوض مع علمها بالتحريم، و غير ذلك مما تقدم فى المباحث السابقه، فلا حظ و تأمل، و الله العالم.

و على كل حال يرجع بما اغترمه من مهر بل و قيمه ولد و نفقه على المدلس إن كان النكاح فاسدا قطعاً، بلا خلاف معتد به أجده فيه، لقاعده الغرور، و النصوص (٤)

السابقه فى التدليس بالعيب، و صحيح الوليد (٥)

١- ١ الوسائل الباب- ٥٤- من أبواب المهور.

٢- ٢ لم نعر على ما يكون صريحا فى عدم خلو البضع عن المهر، و الظاهر أنه استفيد من الروايات التى دلت على أنه يجب على الرجل كذا بما استحل من فرجها و هى كثيره منها ما رواه فى الوسائل فى الباب- ١٦- من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ٦ و الباب- ٦٧- من نكاح العيب و الإمامه الحديث ١ و الباب- ٣- من العيوب و التدليس الحديث ٣ و الباب- ٦- منها الحديث ١ و الباب- ٢- منها الحديث ٢. نعم ورد «لا- يصلح نكاح الابمهر» فى روايات عديده ذكرها فى الوسائل فى الباب- ٢- من أبواب عقد النكاح.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٥٤- من أبواب المهور.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٢- من أبواب العيوب و التدليس.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٦٧- من أبواب نكاح العيب و الإمامه الحديث ١.

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل نظر إلى امرأه فأعجبته، فسأل عنها، فقيل: هي ابنة فلان فأتى أباه، فقال: زوجني ابنتك، فزوجه غيرها، فولدت منه، فعلم بعد أنها غير ابنته، و أنها أمه، قال:

ترد الوليدة على مواليتها، و الولد للرجل، و على الذى زوجه قيمه الولد، يعطيه موالى الوليدة كما غر الرجل و خدعه»

و فى خبره الآخر (٢) عنه عليه السلام أيضا قلت:

«جاء رجل إلى قوم فخطب إليهم أن يزوجه من أنفسهم فزوجه و هو يرى أنها من أنفسهم فعرف بعد ما أولدها أنها أمه، قال: الولد له، و هم ضامنون لقيمته الولد لمولى الجارية»

إلى غير ذلك مما هو معتضد بعدم الخلاف فيه و عدم الاشكال.

نعم لو كان مولاها دلستها قيل و القائل الشيخ و الجماعه كما فى المسالك:

يصح العقد و لا- خيار فيه، لأنها تكون حره بظاهر إقراره أو إنشائه لو كان قد قال: «هى حره» أو «هذه حره» أو نحو ذلك مما يقتضى الحكم بحريتها إقرارا أو إنشاء قبل حصول العقد عليها، فمع فرض رضاها بالنكاح سابقا أو لاحقا يصح العقد على جهه اللزوم و يكون المهر لها.

نعم لو لم يكن تلفظ بما يقتضى العتق لا- إقرارا و لا- إنشاء لم تعتق بل هى باقيه على الرق، خلافا لما عن ظاهر المبسوط و لم يكن لها مهر لأن الفرض تدليس المولى إياها، و المهر راجع إليه، بل لو كان قد دفع إليها شيئا من المهر باذنه و أتلفته يرجع به عليه، للغرور أيضا، بل فى القواعد احتمال الرجوع عليه و إن لم يأذن، و الرجوع به فى كسبها و التبعية به بعد العتق، و هو و إن كان جيدا، بل وافقه عليه جماعه من المتأخرين و متأخريهم، لكنه خروج عن موضوع المسأله الذى هو تدليسها حره ثم ظهر بعد ذلك أنها أمه و لو للعلم بكذب إقراره، و لعله لذا نسبه المصنف إلى القيل مشعرا بتمريضه، نعم قيل:

ينبغى استثناء أقل ما يتمول أو مقدار مهر المثل فى صوره الرجوع بالمهر لثلا

١-١ الوسائل الباب-٧- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب-٦٧- من أبواب نكاح العبد و الإمامه الحديث ٧.

يخلو البضع عن المهر، وفيه ما عرفته سابقا من منافاته لدليل الرجوع الظاهر أو الصريح في المسمى جميعه الموافق لفتوى المعظم، اللهم إلا أن يقال في خصوص المقام باستثناء العشر أو نصفه منه، لصحيح الوليد (١)

السابق، ويمكن تنزيل ما سمعته من المقنع و النهايه على هذه الصورة خاصه، و إن كان فيه ما عرفته أيضا.

و لو تحررت بعد النكاح فعلم الزوج في حال حريتها أنها كانت أمه مدلسه قبل النكاح فالظاهر ثبوت الخيار، خلافا لمحتمل القواعد في نظير المسألة من عدم الخيار، لارتفاع الضرر، و أصله اللزوم، و نحو ذلك مما لا يعارض إطلاق دليل الخيار، و الله العالم.

و لو دلست هي نفسها كان عوض البضع لمولاها و هو المسمى في العقد مع إجازته على الأصح و مهر المثل أو العشر و نصفه إن لم يجز و لكن رجع الزوج به عليها إذا أعتقت لقاعده الغرور و لو كان دفع إليها المهر استعاد ما وجد منه و دفعه بعينه إلى المولى إذا كان العقد واقعا عليه و إلا إن شاء دفعه أو غيره من الأفراد و أما ما تلف منه ف يتبعها به عند حريتها للقاعده السابقه.

و لا فرق في هذه الأحكام بين الحر و العبد، لإطلاق الدليل، نعم حكم الرجوع و نحوه لسيدة، بل و الخيار بناء على اختصاص الطلاق في كونه بيد العبد دون غيره كما تقدم الكلام فيه سابقا، نعم لو أعتق. قبل الفسخ فالأقرب أن الرجوع به للعبد، لأنه حينئذ من كسبه و هو حر، و ربما احتمل كونه للمولى، لأنه عوض ما دفعه عن عبده الذي لم يدخل في ملكه، بل خروجه عن ملك المولى كان متزلزلا، و فيه منع.

ثم إن كان الغار هو الوكيل لها أوله رجع بالجميع و إن كانت هي فكذلك و لكن يتبعها به بعد العتق، و لا يرجع على سيدها الذي قد استحق غير المهر

بالوطء، و لو حصل الغرور بينهما رجع بنصفه على الوكيل حالا و نصفه عليها بعد العتق.

و لو أولدها ففي القواعد «كان الولد رقا لمولاه إن كان المدلس سيدها و أذن لها في التزويج مطلقا أو في التزويج به بخصوصه أو بأى عبد كان» و فيه نظر مع فرض المسألة على وجه يثبت الخيار المتوقف على حصول الاذن منهما المستلزم شركة الولد بينهما، لكونه نماء ملكيهما، و تدليس السيد بالحرية لا ينافى ذلك، و فرض المسألة إذن مولى الجارية دون العبد حتى يكون الولد لمولى العبد ينافى الحكم بالخيار، و هذا كله مع الشرط في متن العقد.

أما إذا تزوجها على أنها حرة بالاخبار بذلك قبل العقد من الولي أو الجارية أو أجنبي من دون اشتراط لفظا ففي المسالك و غيرها و عن المبسوط عدم الخيار، للأصل المستفاد من عموم «أَوْفُوا» (١) و غيره، بل صريح بعضهم ذلك حتى مع اشتراط ذلك قبل العقد، تمسكا بما دل على عدم العبره بالشرائط السابقة قبل العقد من النصوص السابقة، لكن قد عرفت ما فيه في محله، مضافا إلى ظهور الأدلة هنا التي منها صحيح الوليد (٢).

و خبر إسماعيل بن جابر (٣)

المتقدمه في تحقق التدليس بالأعم من ذلك و من الاخبار بالحرية قبل العقد على وجه يكون الباعث له على تزويجها ذلك، بل هو قائم في نفسه قيام الداعي و إن لم يشترطه في العقد و لا قبله، بل لعل العرف أيضا كذلك.

نعم قد يتوقف في تحققه بالسكوت منها أو ممن يتولى نكاحها مع العلم، كما عرفت فيما تقدم، مع إمكان القول بكونه تدليسا أيضا إذا فرض علم الساكت بقدم الزوج على الحرية و إن استفادها من الأصل و نحوه، و من هنا أطلق المصنف و غيره، بل لعله المشهور في موضوع المسألة من غير اعتبار للاشتراط.

ثم إنه قد ظهر لك مما ذكرنا أنه لا فرق في ثبوت هذه الأحكام بين ظهورها

١- ١ سورة المائدة: ٥- الآية ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٦٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٧- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.

أجمع أمه أو بعضها، فيثبت الخيار حينئذ بالتدليس برقيه بعضها للتنيح، و لأن السبب في الخيار التدليس بهذا الوصف و نحوه من غير فرق بين الجميع و البعض، كما هو ظاهر النصوص، لكن في القواعد «إنما يرجع على المدلس بنصيب الرقيه، لأن التدليس إنما وقع بالنسبه إلى ذلك البعض، بخلاف الآخر الذي صدق بالإخبار بحريته».

قلت: قد يحتمل قويا الرجوع بالكل إلا ما استثنى من أقل المهر أو مهر المثل إن رجع عليها، لأنه لم يسلم له ما يريد من النكاح، و على الأول فإن كانت هي المدلسه و كان نصفها مثلاً رقا أغرم للمولى نصف المهر، و رجع عليها بنصف ما غرمه معجلاً، و تبعها بالباقي بعد العتق، و لو كان المولى المدلس لم يكن له شىء من المهر، بل لو دفعه إليها بإذنه فتلف كان الرجوع عليه بنصفه، بل قد سمعت احتمال الرجوع عليه بذلك و إن لم يأذن، لكونه غاراً، فهو سبب في الإلتاف أقوى من المباشر، و لو كان أجنبياً رجع عليه بما غرمه للمولى من نصف المهر، بل يرجع عليه بذلك و بما دفعه لها بإذنه فأتلفته، بل و إن لم يأذن بناء على احتمال الرجوع به على السيد كذلك.

[المسألة الثانية إذا تزوجت المرأة برجل على أنه حر فبان مملوكا كان لها الفسخ قبل الدخول و بعده]

المسألة الثانية عكس المسألة السابقة، و هي ما إذا تزوجت المرأة برجل على أنه حر فبان مملوكا مأذونا كان لها الفسخ قبل الدخول و بعده، و لا مهر لها مع الفسخ قبل الدخول لأنه من قبلها، و لاقتضاء الفسخ ذلك كما عرفته سابقاً، نعم لها المهر المسمى بعده لما عرفته أيضاً فيما تقدم، بلا خلاف أجده في شىء من ذلك، بل و لا إشكال، لما تقدم و ل

صحيح محمد بن مسلم (١)

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن امرأة حرة تزوجت مملوكا على أنه حر، فعلمت بعد أنه مملوك، قال: هي أملك بنفسها إن شاءت أقامت معه و إن شاءت فلا، فان كان دخل بها فلها

الصداق، و إن لم يكن دخل بها فليس لها شيء»

و ظاهر قوله عليه السلام: «الصداق» أنه المسمى كما حققناه سابقا، لا مهر المثل، كما أن ظاهره كون العبد مأذونا و إلا لم يكن الخيار بيدها مع عدم إجازة السيد، و لكن لها المهر على العبد تتبعه به بعد العتق، بخلاف ما إذا كان مأذونا، فإن المهر يرجع به على السيد، لما تقدم سابقا من أن مهر العبد المأذون على السيد، و كذا ظاهر الصحيح المزبور عدم الفرق بين شرطيه الحريه فى متن العقد و عدمها بعد صدق التدليس و الغرور و الخديعه، كما سمعته فى السابق، بل لا يخفى عليك إجراء جميع ما ذكرناه من الأحكام فى المسأله السابقه حتى حكم ظهوره مبعضا و حكم ما لو كانت الامراه أمه و إن كان الخيار حينئذ بيد المولى قطعا، نعم فى القواعد هنا «لو ظهر الزوج معتقا فلا خيار» و فيه ما عرفت بناء على كون المراد عدم الخيار لو ظهر كون حريته بعقده بعد كونه زوجا، أما لو كان المراد أنه حين النكاح معتقا لا حرا بالأصل فوجه عدم الخيار حينئذ ظاهر، ضروره صدق الحريه، و الله العالم.

[المسأله الثالثه إذا عقد على بنت رجل على أنها بنت مهيره فكانت بنت أمه كان له الفسخ]

المسأله الثالثه قيل فى محكى المقنعه و النهايه و المهذب و السرائر و الوسيله بل نسب إلى أكثر المتقدمين إذا عقد على بنت رجل على أنها بنت مهيره أى حره فكانت بنت أمه كان له الفسخ للتدليس فى الصفه المستفاد تسيبيه الخيار من فحاوى النصوص السابقه و التعليل فى بعضها، و لعله لا يخلو من قوه، خصوصا مع احتمال إرادته من الخبرين (١).

الآتين فى المسأله الاثنيه، بل لعله الظاهر من أحدهما. و لكن مع ذلك الوجه عند المصنف، و غيره من المتأخرين ثبوت الخيار مع الشرط فى متن العقد تحقيقا أو تقديرا على القول به لا- مع إطلاق العقد و وقوع ذلك على نحو الداعى أو الشرط قبله، لأصالة اللزوم، بخلافه

مع الشرط فيه الذى لا خلاف فى ثبوت الخيار معه حينئذ، بل عن بعضهم دعوى الإجماع عليه صريحا، لعموم

«المؤمنون عند شروطهم» (١)

المنحصر فائدته فى نحو المقام فى التسلط على الخيار.

و على كل حال فان فسخ قبل الدخول فلا مهر لها على الزوج إجماعا، و لا على أبيها الذى زوجها على المشهور، للأصل مع انتفاء المقتضى، خلافا للشيخ فى محكى النهايه، فأثبت عليه المهر، و علله غير واحد بالروايه، و لم نقف إلا على خبرى محمد بن

مسلم (٢)

الآتين فى المسأله الآتیه، و لا دلالة فىهما على ذلك، فالأصل حينئذ بحاله بعد قصور الروايه المرسله لو فرض إرادته غيرهما منها عن قطعه كما هو واضح.

نعم لو فسخ بعده كان لها المهر المسمى الذى استقر بالدخول على الزوج، كما عرفته فيما تقدم من نظائر المسأله و لكن يرجع به على المدلس أبا كان أو غيره لقاعده الغرور و فحاوى النصوص السابقه فى أمثال المسأله و صحيح محمد بن مسلم (٣)

الآتى حتى لو كانت هى المدلسه رجع عليها إن كان قد دفع إليها، و إلا لم يكن لها شىء حتى أقل ما يتمول فضلا عن مهر المثل، كما عرفت تحقيق المسأله فيما تقدم، هذا و فى القواعد «و لو خرجت بنت معتقه فإشكال» و لعله من دخولها فى المهيره عرفا، لأنها الحره كما عن الجوهري و غيره، مضافا إلى الأصل و الاحتياط، و من دعوى تبادل الحره بالأصل و فيها منع، و الأولى أن يحمل على ظهور أنها كانت أمها أمه حين ولدت ثم أعتقت، فإن الإشكال فيها أظهر من صدق أنها الان مهيره، و من أنها حين ولدت منها لم تكن بنت مهيره، و الظاهر أن العبره بذلك حين الولاده، و الأمر سهل بعد وضوح الحال فى أصل المسأله، و الله العالم.

١- ١ الوسائل الباب- ٢٠- من أبواب المهور الحديث ٤.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٨- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١ و ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٨- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.

[المسألة الرابعة لو زوجه بنته من مهيره و أدخل عليه بنته من الأمه فعليه ردها و لها مهر المثل إن دخل بها]

المسألة الرابعة لو زوجه بنته من مهيره و أدخل عليه بنته من الأمه فعليه اجتنابها مع العلم بالحال و ردها، و لها مهر المثل إن دخل بها و هى غير عالمه و إن كان هو عالما. و يرجع به من جهله على من ساقها إليه لقاعده الغرور. و ترد عليه التى تزوجها لأن الفرض كونها امرأته و كذا كل من أدخل عليه غير زوجته فظنها زوجته سواء كانت أرفع أو أخفض أو مساويه فوطأها، فإنه يغرم لها مهر المثل إن لم تكن عالمه، و يرجع به إن لم يكن عالما على المدلس، للقواعد المقرره، و إنما ذكر الأصحاب هذه بخصوصها لتعرض النصوص لها، ف

فى صحيح محمد بن مسلم (١) عن أبى جعفر عليه السلام «سألته عن رجل خطب إلى رجل ابنته له من مهيره فلما كانت ليله دخولها على زوجها أدخل عليه ابنه له اخرى من أمه، قال: ترد على أبيها، و ترد إليه امرأته، و يكون مهرها على أبيها»

و فى صحيحه الآخر (٢)

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يخطب إلى الرجل ابنته من مهيره فأتاه بغيرها، قال:

ترد التى سميت له بمهر آخر من عند أبيها، و المهر الأول لتى دخل بها»

بناء على كون المراد منهما إدخال الأخرى بعد العقد على الأولى، مع احتمال إرادته لخطبه بنت المهيره و لكن العقد وقع على بنت الأمه بعنوان أنها بنت المهيره تدليسا من الأب، فيكون الخبران حينئذ دليلى المسألة السابقه، بل لعل الثانى منهما ظاهر فى ذلك، بل و الأول بناء على أن المراد من «امرأته» فيها المسماه له بالخطبه و نحوها.

و على كل حال فالمراد من الأول بقريته الثانى كون مهر المردوده إلى زوجها على أبيها، و وجهه أن الزوج يرجع بالمهر الذى غرمه للأولى على الأب المدلس، فيأخذه منه، و يدفعه إلى المعقوده عليه بعد فرض تساوى مهر المثل الذى

١-١ الوسائل الباب - ٨ - من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢.

٢-٢ الوسائل الباب - ٨ - من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.

غرمه للمهر الذى عقد عليه، و حينئذ فيوافق الخبران القواعد المعلومه.

و منه يعلم ما فى فتوى الشيخ السابقه المبنيه على رجوع الضمير فى الخبر الأول للبننت من الأمه، و كون الرد قبل الدخول، مع احتمالاه مضافا إلى ما عرفت العلم بعد الدخول و حينئذ فالمراد من كون المهر على أبيها باعتبار رجوع الزوج به عليه، فقراره حينئذ عليه.

و قال فى هذه المسأله فى النهايه: «و إن كان للرجل بنتان إحداهما بنت مهيره و الأخرى بنت أمه فعقد لرجل على بنته من المهيره ثم أدخل عليه بنته من أمه كان له ردها، و إن كان قد دخل بها و أعطها المهر كان المهر لها بما استحل من فرجها، و إن لم يكن دخل بها فليس لها عليه مهر، و على الأب أن يسوق إليه ابنته من المهيره، و كان عليه المهر من ماله إذا كان المهر الأول قد وصل إلى ابنته الأولى، و إن لم يكن وصل إليها و لا يكون قد دخل بها كان المهر فى ذمه الزوج لروايه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام» و ذكر الخبر الأول، و فى المسالك بعد حكايه ذلك عنه قال: «و لا يخفى أن فى دعوى الشيخ زيادات عن مدلول الروايه لا توافق الأصول، مع أن فى طريق الروايه ضعفا» قلت: الخبر حسن كالصحيح و ليس فى كلام الشيخ زيادات عليه بعد فرض كون مراده ما ذكرنا، فتأمل جيدا، و الله العالم.

[المسأله الخامسه إذا تزوج امرأه و شرط كونها بكرًا فوجدها ثيبًا لم يكن له الفسخ لإمكان تجدهه بسبب خفى]

المسأله الخامسه إذا تزوج امرأه و شرط كونها بكرًا فوجدها ثيبًا و ثبت بالإقرار أو البيه سبب ذلك على العقد كان له الفسخ، لانتفاء الشرط الذى قد عرفت أن فائدته ذلك، و لعله لا خلاف فيه كما لا إشكال، لكن فى كشف اللثام أن ظاهر الأكثر و صريح بعض عدم الخيار، للأصل و الاحتياط، و أن الثيبوبه ليست من العيوب، و فيه أنا لم نتحقق ما حكاه، بل لا وجه له مع الفتوى من غير خلاف منهم فى تحقق

الخيار مع شرط الصفات، ككونها بنت مهيره و نحوها، لدليل الشرطيه القاطع للأصل، و غير متوقف على العيب حينئذ، نعم أطلق كثير من الأصحاب فيمن تزوج جاريه على أنها بكر فوجدها ثيبا لم يكن له الفسخ إلا أن ذلك منهم لإمكان تجددده بسبب خفى كما أو ما إليه المصنف، فلا ينافى اشتراطه، بل هو المراد من

خبر القاسم بن الفضيل (١) عن أبي الحسن عليه السلام «فى الرجل يتزوج المرأه على أنها بكر فيجدها ثيبا أ يجوز أن يقيم عليها؟ قال: قد تفتق البكر من المركب و من النزوه»

أو المراد أنه لا- دلالة فى انتفاء بكارتها على فجورها، أو أن لها بعلا أو نحو ذلك مما لا ينبغى معه القيام معها، لأن البكاره قد تذهب بالنزوه و نحوها.

و على كل حال فهو غير مفروض المسأله الذى هو اشتراط البكاره المعلوم سبق انتفائها، بل لا يبعد ثبوت الخيار معه و إن لم يذكر ذلك شرطا فى متن العقد، و إنما كان بتدليس منها أو من وليها، لما سمعته فى المسائل السابقه، نعم لو تزوجها من دون اشتراط بكاره و لا تدليس و إنما قدم عليها على احتمالها الأمرين لم يكن له خيار، بل و لا رجوع بمهر و إن ظهر سبقها، للأصل السالم عما يقتضى شيئا منهما.

و كيف كان فإذا فسخ حيث يكون له الفسخ فان كان قبل الدخول فلا مهر، و إن كان بعده استقر المهر و رجع به على المدلس، و إن كانت هى، بل الأصح عدم استثناء قدر ما يتمول أو مهر المثل له إذا رجع عليها، لما عرفته فى المسائل السابقه.

و أما إذا اختار البقاء أو لم يكن له الفسخ لاحتمال التجدد كان له أن ينقص من مهرها على المشهور بين الأصحاب، ل

صحيح محمد بن جرک (٢)

«كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام سألته عن رجل تزوج جاريه بكرا فوجدها ثيبا هل يجب لها الصداق و افا أو ينقص؟ قال: ينتقص»

خلافاً للحلبى و ابن البراج فلم ينقصا منه شيئا، للأصل المقطوع بالدليل، فلا ريب فى ضعفه، إنما الكلام فى

١-١ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١ عن محمد بن القاسم بن الفضيل كما فى الكافى ج ٥ ص ٤١٣.

٢-٢ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢.

مقدار النقصان، ففي محكى النهايه شىء، لإطلاق لفظ النقصان فى الصحيح المزبور.

وفى القواعد و محكى السرائر و التحرير و الإرشاد و التلخيص هو ما بين مهر البكر و الثيب، و يرجع فيه إلى العاده فينقص من المسمى مقدار التفاوت بينهما نصف أو ثلث أو غيرهما، لأنه الذى فوته المدلس باعتبار أنه بذل المسمى فى مقابله الوصف بالبكاره و لم تكن كذلك، فيلزم التفاوت كأرش ما بين كون المبيع صحيحا و معيبا، و ضعفه فى المسالك بأن ذلك إنما يتم حيث يكون فواته قبل العقد أما مع إمكان تجده أو العلم بتجدده بناء على كونه كذلك فلا، لعدم مقتضى السقوط حينئذ أو عدم العلم به.

وقيل و القائل قطب الدين الراوندى ينقص السدس لأنه المراد من الشىء فى الوصايا و هو غلط لخلو الخبر عن لفظ «الشىء» و لو سلم فالحمل على الوصيه ممنوع، و عن المصنف فى النكت إحالته على رأى الحاكم كما هو الشأن فى كل مالا تقدير له شرعا، و قد يرجع إليه القول الأول، ضروره أنه لا- وجه لا يكال أمر الشىء إلى الزوج أو الزوجه المؤدى إلى النزاع فى تعيين أفراد الشىء، و لا نظير له فى الشرع.

قلت: و قد يقال: إن الأولى تقديره بالنصف عملا بالنصوص (١)

المعتبره المستفيضه الوارده فى تقديره بالأمه بعشر قيمتها و نصف عشر قيمتها الظاهره فى كون التفاوت بين البكاره و الثوبه التى لا فرق فيهما بين الأمه و غيرها بالنصف و إن اختلفا فى كون ذلك نصف عشر قيمه و نصف المسمى الذى قد وقع العقد و التراضى عليه، بل هو الأقوى فى النظر إن لم يكن إجماع على خلافه، كما أنه يقوى ثبوت النقصان مع العلم بتجدد الثيوبه، لترك الاستفصال فى الصحيح المزبور الذى يمكن تأييده بكونه كالمبيع قبل قبضه فى ضمانه على البائع حتى يقبض، اللهم إلا أن

١-١ الوسائل الباب- ٣٥- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١ و ٢ و الباب ٦٧ منها الحديث ١.

يدعى ظهور النص فى سبق الثبوت أو مجهول الحال، فىكون ترك الاستفصال فىه لذلك، و يمكن منعه، و الله العالم.

[المسألة السادسة إذا استمتع المرأة فبانت كتابيه لم يكن له الفسخ من دون هبه المده و لا له إسقاط شىء من المهر]

المسألة السادسة إذا استمتع المرأة فبانت كتابيه مثلاً لم يكن له الفسخ من دون هبه المده للأصل السالم عما يقتضى خياره و لا له إسقاط شىء من المهر لعدم نقص الاستمتاع عليه بشىء، نعم له فسخ عقدها بهبه المده كغيرها من النساء التى استمتع بها. و كذا لو تزوجها دائماً بناء على أحد القولين و لكن له أن يطلقها كغيرها من النساء نعم لو شرط إسلامها مثلاً كان له الفسخ إذا وجدها على خلافه لما عرفت من اقتضاء الشرط ذلك، بل قد عرفت قوه ثبوت الخيار بالتدليس بنحو ذلك على وجه تزوجها على أنها مسلمة مثلاً فبان الخلاف. و على كل حال فحكمها فى الفسخ قبل الدخول و بعده و فى الرجوع بالمهر على المدلس و غير ذلك حكم نظائرها السابقه، و لو شرط كونها كتابيه فبانت مسلمة ففى تسلطه على الخيار وجهان: أقواهما الأول، لعموم المقتضى، و لعل له غرضاً فى ذلك، و كذا كل شرط صفة نقص فبان الكمال، و فى إلحاق التدليس به هنا إشكال من صدقه، و من ظهور تلك الأدله فى تدليس الناقص بالكامل لا العكس، و لعله الأقوى.

[المسألة السابعة إذا تزوج رجلان بامرأتين فأدخلت امرأة كل واحد منهما على الآخر فوطأها فلكل واحد منهما على واطئها مهر المثل]

المسألة السابعة إذا تزوج رجلان بامرأتين فأدخلت امرأة كل واحد منهما على الآخر فوطأها فلكل واحد منهما على واطئها مع جهلها مهر المثل و يرجع به على الغار إن كان و ترد كل واحد على زوجها، و عليه مهرها المسمى بالعقد عليها و ليس له وطؤها حتى تنقضى عدتها من وطء الأول إلا إذا كان الوطء زنا منهما، فإنه لا عده حينئذ و لو ماتتا في العده أو مات الزوجان و رث كل واحد منهما زوجه نفسه و ورثته لحصول السبب و إن امتنع الوطء لعارض كالحيض و نحوه بلا إشكال في شيء من ذلك و لا خلاف، و إنما ذكره الأصحاب بخصوصه للنص فيه، ففي

الصحيح (١)

«في رجلين نكحا امرأتين، فأتى هذا بامرأه هذا، و هذا بامرأه هذا، تعتد هذه من هذا و هذه من هذا، ثم ترجع كل واحد إلى زوجها»

و في مرسله جميل بن صالح (٢) عن الصادق عليه السلام «في أختين أهديتا إلى أخوين في ليله، فأدخلت امرأة هذا على هذا و أدخلت امرأة هذا على هذا، قال: لكل واحد منهما الصداق بالغشيان، و إن كان وليهما تعمد ذلك أغرم الصداق، و لا يقرب واحد منهما امرأته حتى تنقضى العده، فإن انقضت العده صارت كل واحد منهما إلى زوجها بالنكاح الأول، قيل له: فان ماتتا قبل انقضاء العده، فقال:

يرجع الزوجان بنصف الصداق على ورثتهما، و يرثهما الرجلان، قيل: فان مات الرجلان و هما في العده، قال ترثانهما، و لهما نصف المهر المسمى لهما، و عليهما العده بعد ما تفرغان من العده الأولى، تعتدان عده المتوفى عنها زوجها»

نعم هي تتضمن تنصيف المهر بالموت قبل الدخول من أيهما كان و لم يقل به أحد كما في كشف اللثام، قال: «و لذا عمل بها الشيخ في محكي النهاية إلا في تنصيف المهر لهما إذا مات الزوجان فأثبت لهما تمام المسمى» و ستمتع إنشاء الله تحقيق الحال في ذلك.

١-١ الوسائل الباب - ٤٩- من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب - ٤٩- من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ٢.

و حملها فى المختلف على أن المرأتين ليس لهما ولد، فيرجع الزوجان بالنصف مما دفعا مهرا على سبيل الميراث، و فى المسالك «هذا الحمل مع بعده إنما يتم فى جانب الزوج دون الزوجه، لحكمه لها أيضا بالنصف، مع أن أول الروايه تضمن حصول الغشيان و آخرها اقتضى ثبوت النصف بالموت، و حملها على ما لو وقع ذلك قبل الدخول خلاف ظاهرها، و على كل تقدير فاطراح الروايه للضعف أولى من تكلف حملها على ما لا تدل عليه».

قلت: المحتاج إلى التأويل فيها التنصيف بموت الزوجه دون العكس الذى ستسمع دلاله كثير من النصوص (١)

عليه، و الغشيان فى أول الروايه غشيان الشبهه لا غشيان الزوج، فلا ريب حينئذ فى كون المفروض الموت قبل الدخول، و الأمر سهل بعد وضوح الأمر فى ذلك و فى أن للزوجين الرجوع بما غرما من مهر المثل على نحو ما سمعته فى المسائل السابقه، إلا أن الزوجه هنا إذا كانت هى الغاره لم يكن لها مهر أصلا لكونها بغيا حينئذ.

هذا و لكن فى جامع المقاصد «يرجع كل من الزوجين بما غرمة من مهر المثل على الولي، و فى الروايه التقييد بتعمده، و كذا فى عباره الشيخ على ما سبق ذكره، و ينبغى أن يقال: إن تعمد الولي و الزوجه أو كانا معا جاهلين فالغرم عليها دون الولي، لأن سببيتها أقوى، نعم يستثنى لها أقل ما يصلح مهرا، و ان تعمد أحدهما خاصه فالغرم مختص به، فان تعمدت هى فلا بد من استثناء الأقل، و لو علم الزوج و جهلت المرأه غرم مهر المثل، و لا يرجع به على أحد و ينبغى تأمل هذا التفصيل، لأنى لم أجد به قائلًا».

قلت: مع أن فيه منافاه لقاعده عدم المهر لبغى مع فرض كونها المتعمده فلا وجه لاستثناء أقل ما يصلح، بل يقال: بأن له الرجوع على كل منهما مع فرض كون الغرور من كل منهما إذا كانا جاهلين أو توزع الغرامه عليها، اللهم إلا أن يكون غرور الولي منهما، فغر الزوج، فان القرار حينئذ عليها، فتأمل جيدا،

هذا كله مع علم الحال.

أما إذا اشتبه على كل منهما زوجته و لم يكن ثم طريق إلى معرفتهما منع كل واحد من الرجلين عن امرأتين حتى يقرع، فإن القرع لكل أمر مشكل، لكن في القواعد «ألزم كل منهما الطلاق» و في غيرها احتمال طلاق الحاكم أو فسخه أو تسلط المرأتين على الفسخ و انتفاء الجميع، و لعل الأقوى ما ذكرنا.

و لو طلقها فلا- تحسب هذه طلقه لو تزوج أحدهما بإحدهما بعد ذلك و طلقها آخرين لم تحرم، لعدم معلوميه الزوجه في الثلاث، و الأصل الحل، نعم لو زوجها معا و طلقهما مرتين معا و لو في الطلقه الآخره حر ما عليه، لأن زوجته إحدهما و وقوع ثلاث طلاقات بها مقطوع به لا على التعيين، فيجب الاجتناب، لاختلاط الحلال بالحرام، و كذا إذا طلقهما مرتين متعاقبتين حرمتا بعد كما الطلقتين لهما لذلك.

و على كل حال يلزم كل من الرجلين بنصف مع الطلاق قبل الدخول، فان اتفق النصفان جنسا و قدرا و صفه أخذت كل منهما أحد النصفين و إن اختلفا قسم بينهما أحد النصفين بالتسويه أن تتداعياه و تصادم دعواهما بأن حلفتا أو نكلتا، و يبقى النصف الآخر مجهول المالك، إلا أن يرجع إحدهما إلى ادعائه، فلا يبعد سماعه منها و إعطاؤها إياه، و ارتجاع ما أخذته من النصف الأول و تسليمه للآخرى، و لعل الأولى من ذلك القرع بناء على ما عرفت، فكل نصف خرج على إحدهما أعطيت إياه، و يعطى الأخرى النصف الآخر لتعينه، و ربما احتمل أيضا إيقاف كل من النصفين حتى يصطلحا.

و إن سكتا و لم يتداعيا شيئا منهما فالأولى بناء على ما ذكرنا القرع أيضا، و ربما احتمل الإيقاف أيضا و إن كان الاختلاف بين النصفين في القدر خاصه أعطيت كل منهما ما تساويا فيه.

بقى الكلام في الزائد، و الأولى عندنا فيه القرع، و يحكم الحاكم حينئذ بمقتضاها، و ربما احتمل عدم ثبوت نصف المهر مع فرض وقوع الطلاق بالإيجاب،

و أولى به من فسخ الحاكم أو المرأتان، لكنه كما ترى. وقد مر للمسألة نظير في تزويج الوليين، و حكم الميراث حكم المهر. و مع عدم البناء على القرعه لا ريب فى أنه يحرم على كل منهما أم كل واحده منهما، للاشتباه، و كذا يحرم كل منهما على أب الزوج و ابنه، أما على ما ذكرناه من القرعه فلا إشكال و لا اشتباه، و الله العالم.

[المسألة الثامنة كل موضع حكمننا فيه ببطان العقد فللزوجه مع الوطاء مهر المثل]

المسألة الثامنة كل موضع حكمننا فيه ببطان العقد فللزوجه الحره مع الوطاء و الجهل مهر المثل كوطء الشبهه بلا عقد لا المسمى الذى قد وقع فى العقد الفاسد، خلافا لبعضهم كما عرفت الكلام فيه و فى غيره سابقا و كل موضع حكمننا فيه بصحة العقد فلها مع الوطاء و عدم التدليس منها المسمى الذى تستقر بالدخول و إن لحقه الفسخ. و قيل و القائل الشيخ إن كان الفسخ بعيب سابق على الوطاء لزمه مهر المثل سواء كان حدوثه قبل العقد أو بعده و لا ريب أن الأول أشبه بأصول المذهب و أخباره كما تقدم البحث فيه.

[المسألة التاسعة لو شرط الاستيلاء فخرجت عقيما فى القواعد لا فسخ]

المسألة التاسعة:

لو شرط الاستيلاء فخرجت عقيما فى القواعد لا فسخ، لإمكان تجدد شرطه و لو فى الشيخوخه و عدم العلم بالعقم من دونه، و جواز استناده اليه.

و فيه (أولا) أن فرض خروجها عقيما ينافى هذه الاحتمالات التى منها جواز ولادتها فى الشيخوخه التى لو وقع ذلك فيها عد من المعجزات، و المراد من العقم المشترط عدم حملها، فجواز كونه لمانع لا للعقم غير مجد، و جواز استناده اليه ينفيه ولادته من غيرها، و أن المراد من اشتراط الاستيلاء ما يرجع إلى صفاتها

لا إلى ما يرجع إلى فعل الله الذى لا اختيار لأحدهما فيه، فان ذلك لا يجوز اشتراطه، و دعوى- أنه و إن أريد بالشرط ما يرجع إلى صفاتها إلا- أنه لا- يعلم بوجه فلا- يفيد اشتراطه انتفاءه، فان انتفاء الولاده لا يدل على العقم- يدفعها إمكان معرفه ذلك بالقرائن العاديه التى تقيد الطمأنينه بذلك، و كذا حكم اشتراطها عليه الاستيلاد.

[المسأله العاشره لو غرته المكاتبه بالحرية فإن اختار الإمساك فلها لا لسيدها المهر]

المسأله العاشره:

لو غرته المكاتبه بالحرية فإن اختار الإمساك فلها لا لسيدها المهر، و إن اختار الفسخ فلا مهر قبل الدخول، و يرجع به جميعه على المختار بعده إن كان قد دفعه، و إلا فلا شىء، و لو غره الوكيل- سيدها كان أو غيره- رجع إليه بالجميع.

و لو أتت بولد فهو حر إن كان الزوج حرا لأنه دخل على ذلك، نعم مع فرض عدم إذن المولى يغرم قيمته يوم سقط حيا.

و يتبع القيمه فى الاستحقاق أرش الجنايه، لأنه قيمه لبعض المجنى عليه فان كان المستحق لها المولى استحق الأرش أيضا، و لو فرض أنه الغار لم يستحق شيئا، و إن كانت الأم هى المستحقه للقيمه كانت مستحقه للأرش أيضا، فإذا فرض أنها الغاره لم تستحق شيئا و إن كان الغار غير المستحق غارم له القيمه، و يرجع بها على الغار.

و لو ضربها أجنبى فألقتة لزمه ديه جنين حر لأبيه لأن امه أمه لا ترث، فان كان هو الضارب فلأقرب إلى الولد من ورثته دون الأب القاتل، فان لم يكن له قريب فللإمام، و على الأب للسيد عشر قيمه أمه إن قلنا: إن الأرش له، و إن قلنا: إنه للام فلها، و وجه وجوبه أن الولد مضمون و لذا يجب على الجانى ديه للأب، فكما يضمن للأب يضمن للسيد، و عن المبسوط و التحرير لا ضمان لوجوب قيمته يوم

سقط حيا و لا قيمه للميت، و على الضمان فان زادت الديه على عشر قيمه أو ساوته فلا إشكال، و إن نقصت عنه ففي وجوب العشر كاملا أو أقل الأمرين منها وجهان.

[المسألة الحادية عشر لا يرجع المغرور بالغرامه على الغار إلا بعد أن يغرم]

المسألة الحادية عشر:

لا- يرجع المغرور بالغرامه على الغار إلا بعد أن يغرم، لأنه إنما يرجع بما غرمه، و كذا الضامن، نعم فى القواعد للمغرور مطالبه الغار ليخلص من مطالبه المرأه أو السيد، كما أن للضامن أن يطالب المضمون عنه بالتخليص، و لعله لكونه ليس رجوعا، لكن لا يخلو من نظر، لعدم دليل على استحقاق هذه المطالبه قبل الدفع.

[المسألة الثانية عشر لو انتسب إلى قبيله فبان من غيرها من غير شرط فالأقرب أنه لا فسخ]

المسألة الثانية عشر: قال فى القواعد: «لو انتسب إلى قبيله فبان من غيرها أعلى أو أدون من غير شرط فالأقرب أنه لا فسخ، و كذا المرأه، نعم لو شرط أحدهما على الآخر نسبا فظهر من غيره كان له الفسخ، لمخالفه الشرط، و كذا لو شرط بياضا أو سوادا أو جمالا» قلت: قد تكرر منا غير مره قوه ثبوت الخيار بالتدليس بصفه من صفات الكمال على وجه يتزوجها على أنها كذلك فبان الخلاف، أى صفه كانت، لظهور نصوص (١)

التدليس فيه، خصوصا المشتمل منها على التعليل الذى يكشف عن الوجه فيما ورد الخيار به من التدليس بالحريه و نحوها، مضافا إلى فحوى خبر الحلبي (٢)

١- ١ الوسائل الباب- ٢ و ٧- من أبواب العيوب و التدليس.

٢- ٢ المراد من خبر الحلبي هو خبره الذى ورد فيمن تزويج و قال: أنا من بنى فلان، و قد تعرض قده له بعد قليل فى هذا الفرع نفسه، و الظاهر أن استدلاله بفحواه هنا ليس لإثبات الخيار فى صورته الانتساب إلى قبيله و ظهور الخلاف، فإنه نص فى ذلك كما ذكره قده بل لإثبات الخيار بالتدليس بصفه من صفات الكمال، كاشتراط البياض أو السواد أو الجمال و نحوها، كما أنه استدلال الفاضل قده لهذه الصوره بفحواه فى كشف اللثام و بنصه فى تلك المسأله.

خبر حماد بن عيسى (١) عن جعفر عن أبيه عليهما السلام «إنه خطب رجل إلى قوم، فقالوا: ما تجارتك؟ فقال: أبيع الدواب، فزوجوه فإذا هو يبيع السنانير فمضوا إلى علي عليه السلام فأجاز نكاحه، وقال: إن السنانير دواب»

و خصوص

نص الحلبي (٢)

«في رجل تزوج امرأه فيقول: أنا من بنى فلان، فلا يكون كذلك، قال: يفسخ النكاح، أو قال: يرد»

و لعله لذا كان المحكى عن ظاهر أبي علي و النهايه و الخلاف و الوسيله الخيار و إن لم يشترط ذلك في العقد.

و منه يعلم الحكم في صورته الشرط المعلوم أولويتها من ذلك، و لذا اقتصر عليها ابن إدريس فيما حكى عنه نحو الذي سمعته من الفاضل، بل يمكن دعوى تحصيل الإجماع منهم هنا، على أن شرطيه الصفات توجب الخيار إذا بان الخلاف، بل قد عرفت فيما تقدم قوه ذلك حتى مع اشتراط الناقص من الصفات فبان الكامل لاختلاف الأغراض و لانحصار فائده الشرط بذلك هنا، نعم لو كان الشرط من الأفعال أمكن القول بعدم الخيار بتعذره أو امتناعه، للفرق بين النكاح و البيع بذلك، بل يلزم المشترط عليه بأدائه، كما أنه تقدم لك منا أنه و إن قلنا بإلحاق صورته التدليس بصوره الشرط في إثبات الخيار، لكن ذلك إنما هو فيما إذا دلس صفه كمال فبان صفه نقص لا-العكس و إن قلنا بالخيار في صورته شرطه، و من ذلك كله يظهر لك ما في كلام المصنف ره في مسأله الانتساب في بحث الكفاءه، و قد أو كلنا الأمر هناك إلى هذا المقام، فلا حظ و تأمل، و الله العالم.

و بهذا أنهينا و الحمد لله تعالى قنا على الجزء الثلاثين من كتاب جواهر الكلام بجواز مولانا أمير المؤمنين سيد الأوصياء عليه آلاف التحية و الثناء في أيام حرجه كانت تمر على الحوزه العلميه التي لا تزال محروسه برعايه صاحبها خاتم الأوصياء المهدي المنتظر عجل الله تعالى فرجه الشريف النجف الأشرف ٢٨ رمضان المبارك ١٣٩٥ أقل خدمه الحوزه محمود القوچانی

١-١ الوسائل الباب-١٦- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢.

٢-٢ الوسائل الباب-١٦- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب فى طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
الغمامة اصحمان



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم

www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩